

DISPUTATIO JURIDICA
DE
TESTE
CONTUMACE,

Von dem
Ungehorsam der Deugen,

QVAM
IN REGIA FRIDERICIANA
SUB MODERAMINE
DN. JAC. FRID. LUDOVICI, JCti,
POTENTISS. REGI BORUSSIÆ A CONSIL. AUL.
ET PROF. PUBL. ORDIN.

PRO LICENTIA
SUMMOS IN UTROQUE JURE RITE CAPESSENDI HONORES,
D. NOVEMBR. A. MDCCXVII.

HORIS ANTE ET POMERIDIANIS
PUBLICÆ ERUDITORUM VENTILATIONI SUBMITTIT

AUTOR
SAMUEL WILLETT,

BREMA • SAXO.



E Typographéo Joh. Christ. Hendelii, 1746. (II)

DISPATCHED BY THE

THE

CONTRACT

NEW YORK

RECEIVED BY THE

DATE

IN THE

THE

DR. JAC. FRID. LUDOVIG

STREET

AT

PROF. F. LUDOVIG

STREET

AT

THE

STREET

AT

STREET

AT



THE



S. A. N. D. T. O. M.
DISSERTATIO INAUGURALIS JURIDICA
DE
TESTE CONTUMACE.

CAPUT I.
continens

Generalia ad explicationem rubri.

CONTENTA HUIUS CAPITIS.

Judiciis sua constare debet auctoritas. §. I. quæ de jure civili per contumaciam leditur, (adjuvitur contumaciæ etymologia & homonymia, §. II. adeoque merito plectenda, §. III. ut in actore & reo, sic etiam in teste, §. IV. testis etymologia, homonymia, & synonymia, §. V. realis testis definitio, ut & testis contumacis, §. VI. queritur inde, an testis ad testimonium dicendum cogi possit, & quid hic in foro civili, §. VII. quid in criminali obtineat? §. IIX. adducuntur quædam Germanicarum provinciarum constitutiones cum remissione ad alias, §. IX. contumacia testium autem cum varie se exferat, conspectus & ordo disputationis proponitur, §. X.

§. I.



Dostquam principibus summum rerum *Judici sua*
arbitrium a Deo T. O. M. concessum *constare de-*
subditisque sola obsequendi gloria Ta- *bet auctori-*
cito etiam teste *lib. 3. annal. relictæ, con-*
sequens exinde resultat, quod omnes, *tas.*
qui togam proborum civium exuere
nolunt, in id omni ope ac studio inten-
dere debeant, ne ulla occasione quid-
quam committant, quod perfidiæ notulam ipsis inurere pos-
sit. **Arctissimus** quippe est ille nexus, quo subditum principi
suo

DISSERTATIO JURIDICA,

4
suo constringit ipsa naturæ religio. Hinc illi utique sua constare debet autoritas, quæ tanta, ut illa corruente tota salutis publicæ vacillet machina, Arnif. *de jur. majest. cap. 3.* nec violatur, nisi injustitia contra ipsum autoritatis hujusce autorem, scilicet Deum, simul commissa. Quicunque enim potestati obstitit ex sententia Pauli ad *Rom. XIII.* Deo obstitit. Dei quippe minister est, qui potestate fungitur tuo bono. Inde etiam omnia jura, quæ nobis tam ex ipso naturæ lumine, quam ex revelata divini numinis voluntate & LL. civilibus tradita, in hoc unanimi calculo conveniunt, ut principi ejusque SSis judiciis sententiam suam conservent, subditisque debitam inculcent obsequendi gloriam: *generale enim pactum est societatis humanæ, obedire Regibus suis*, inquit Augustin. *can. 2. dist. 8.* sive, ut explicat gloss. *ibid.* generali lege a natura imperata est subditis obedientia, quia ordo naturæ non patitur, ut inferior major sit & dominetur superiori, minor majori, servus domino, *cap. cum inferior. de major. & obed. can. 4. dist. 21.* Quomodo vero & quatenus intuitu juris divini & naturalis obedientia & obsequium præcipiatur, & in transgressores animadvertatur, nostri, ut hac vice inquiramus, non est instituti, sed quoad prius ad Theologos, quoad posterius vero ad DD. juris naturalis candidum lectorem remittimus, conf. tamen Grot. *de J. B. & P. l. 1. cap. 4.* Pufendorf. *de J. N. & G. l. 7. cap. 8.* Contenti igitur erimus, quid respectu juris civilis hic occurrat, brevibus excutere.

Quæ violatur per contumaciam de jure civili.

§. II. Vocatur autem de jure civili inobedientia illa, qua quis debitam reverentiam in non parendo principi & ejus autoritatem repræsentantibus judiciis denegat, communi nomine *contumacia*, & qui se ejusmodi delicti reos faciunt, *contumaces*, qui utrum a *tumendo*, ac si pertinacia, vel superbia quasi *tumeant*, ex sententia Nisi, sive, ut Velius Longus existimat, a *contemnendo* nomen fortiantur, & utrum *continax*, sive *contumax*, orthographia scribi vetit, critici scrutentur, vid. Menag. *amæn. jur. civil. c. 39. sub verbo contumax.*

tumax. Becmann *de orig. ling. lat. pag. 108.* Quoad homonymiam illud monuisse sufficiat, nos contumacem non accipere in bonam partem, quando firmum, constantem, invictum significat, quo sensu *contumax etiam adversus tormenta servorum fides* dicitur apud Tacitum *l. 9. hist. c. 3.* verum illum contumacem dicimus, qui alias *καταφροντής*, spernulus, protervus, contemtor, german. ungehorsam audit, & quem glossa rebellem vocat ad *c. 1. X. de dol. & contum.* Et sic contumax dicitur, si generaliter consideratur, qui iustum superioris tam in iudicio, quam extra iudicium contemnit, & inde cum varium imperandi genus, *imperat enim princeps civibus, pater liberis, præceptor discipulis, tribunus, vel centurio militibus*, ut ait Seneca *l. 1. de clement. cap. 6. l. 6. §. 2. ff. de re milit.* ita etiam omnes, qui iussa horum imperantium negligunt, contumaces adpellari merentur, Bargal. *de dolo c. 21. n. 5.* Nobis vero in sensu specialiori contumaces hac vice occurrunt, sc. tales, qui *intuitu iudicis* immorigeri deprehenduntur, sive, qui ei, ad cujus jurisdictionem pertinent, negant obsequi in iudicio, vel ejusdem iustum contemnunt, *l. 53. §. f. ff. de re jud.*

§. III. Et hæc illa est contumacia, quæ in jure civili adeo damnatur, ut inter species delictorum & criminum referatur, *gloss. in l. 12. ff. de inter. in jur. faciend. l. 6. pr. ff. de re milit. & in quam tot poenæ constitutæ reperiuntur, vid. infra cap. V. de quibus obiter notandum, quod strictissime merito a iudice observandæ, partim quia alias, prout dictum, per contumaciam magistratum autoritas, & in illa principis majestas impune læderetur, partim, quia ad abbreviandas illas infinitas litium ambages multum conferunt, ad quas amputandas iudex omni nisu anhelare dabet, l. 21. de reb. cred. unde merito practicam illam brocardici: *contumacia non accusata non nocet*, restringendam puto, ut hinc iudex, quamvis non imploratus, ex officio infelicem illam iustitiæ protrahendæ pruriginem auferre debeat. *Congruit enim bono ac gravi præfidi, curare, ut pacata & quieta sit respublica,**

Adeoque illa merito ple. Etenda.
quam

quam regit, quod aliter obtinere non potest, quam si eiusmodi refractariis frenum injiciat, *l. 13. ff. de off. præf.* imo horum castigatio ad quietem publicam adprime confert, *l. opprimendorum. C. quand. lic. un. fin. iud.* dum e diametro nimia illa indulgentia & prolixitas ius in absynthium mutat, ut optime ait Brunnem. *proc. civ. in proæm.* & sic querelis illis, quæ proh dolor! de processuum diuturnitate ubique, per Germaniam præsertim, audiuntur, medela quodammodo adferretur, quæ diuturnitas tanta hodie est, ut sæpissime usu veniat, eos ipsos, qui victoriam reportarunt, tam longis anfractibus vexatos, ac tot sumtibus misere defatigatos sic affici, ut lugendum potius sibi esse putent, quod bonæ alioquin litis aut instituendæ, aut suscipiendæ consilium ab initio non abiecerint, quam gratulandum, quod tanto pretio nudam victoriæ gloriam compararint, ut verbis utar Ant. Fabr. *in Cod. l. 9. tit. 22. def. 1. add. Wehneri observ. præf. sub voc. Justitien. Wesen,* ubi totam illam Fabri definitionem, quam *de litium & criminalium & civilium abbreviandarum nova ratione* inscribit, recenset, conf. præcipue *art. 15. & 29. ut & Valent. Winther. Parthen. litig. l. 1. c. 1.* Sed quid juvat, inanes jam tundere planctus, satis esse duco, ut quid fieri debeat, doleamus, (quod non fiat,) quid vero fiat, videamus.

*Ut in actore
& reo, sic
etiam in te-
ste.*

§. IV. Quomodo vero finis ille, sc. conservatio auctoritatis magistratus, & abbreviatio litium intuitu actoris & rei obtineri queat, quomodo hancce suam proterviā luant contumaces, quibusve mediis, quæ passim in jure occurrunt, in ordinem redigantur, de eo DD. *ad tit. X de dolo & contum.* maxime vero illi, qui ordinem judiciorum exponunt, legi possunt, ubi itidem disput. sub præsid. Excell. Dn. Bœhmeri *de contum. non respond.* habita conferri meretur. Nostri hac vice instituti saltem est, ut quid intuitu testis contumacis leges sanciant, & quæ tam quoad jus Romanum & commune, quam praxin modernam hic obtineant, pro modulo ingenii loco speciminis inauguralis, quanta fieri potest brevitate, excutiamus. Cum enim experientia tota die compro-
bet,

bet, qua via & hac in parte judiciorum illudatur auctoritati, & cursus justitiæ prioris impediatur, considerationem hanc non sine utilitate fore confido.

§. V. Onomatologiam testis, ut ex communi DDrum *Etymologia* *methodo* breviter exponamus, illam cum Calvin. *lex jurid. testis.* *b. voc.* descendere putamus a testando. Sed hæc vox triplici potissimum modo in jure civili occurrit, & totidem diversas significationes denotat, 1.) *testari* denotat testamentum condere, per *rubr. ff. si quis aliq. testar. prob.* & inde testato & ab intestato decedere, *l. 45. §. 1. ff. de J. fisc. intestabilis, l. 26. ff. qui test. fac. poss.* & similes in jure expressiones reperiuntur, quæ tamen ad nostrum scopum non pertinent; 2.) *testari* denotat adseverare, denunciare, in testimonium adducere, & sic juramenti quædam est species, v. g. si dicimus: *Deum testor*, quo verbo creberrime veteres in adjurationibus Deorum utebantur, hinc Virgil: *l. II. Æneid. v. 154.*

Vos æterni ignes & non violabile vestrum testor Numen.

& demum 3.) *testari* dicitur, testimonium dicere, sive, prout in jure occurrit, perhibere: & hæc significatio ad nos in præsentem pertinet, illud quippe est, quod leges fidem alterius & conscientiam ad rei confirmationem evocare adpellant, *l. 22. ff. de test. l. 122. ff. de V. O. l. 40 pr. ff. de V. S.* Homonymiam quod adinet, illius explicationi merito *Homonymia* supersedemus, dum ex ipso rubro *testem contumacem* repræsentante, abunde patet, excludi hic acceptionem, quando testis accipitur diminutive, ubi virilitatis testem denotat; inde igitur ad synonymiam duntaxat progredimur, ubi varia occurrunt. Dicuntur enim *testes antiquitus* 1.) *superstites*, idque ex sententia Lud. Dickl. in *Oecon. instit. ord. jud. p. m. 295.* quod super statum causarum proferebant oblata, vel quod ipsi rei gestæ superfuerint, vel adfuerint, Schard. *lex jurid. voc. testis.* 2.) vocabantur porro *antistites*, *cap. forum 19. de V. S. Wesembec. parat. ff. de test. pr.* quamvis enim antistites primarii dicti fuerint sacerdotes, *§. 5. instit.*

§. 5. *instit. de Attil. tut.* quod ceteros *antestent*, i. e. expellant, *Calep. voc. antistes*, testes tamen itidem hoc nomine comprehenduntur, *Schard. lex iurid. voc. antestor.* 3) Testes dicuntur generali nomine *advocati*, de strictiori, *vid. DD. ad tit. ff. de postul.* Notum enim, advocatos illos dici, qui vel patrocinii, vel consilii, vel *testimonii* causa vocantur, *Schard. lex. iurid. voc. advocare.* Et demum 4) testes veniunt sub adpellatione *signatorum*, *l. 4. l. 6. l. 7. ff. testam. quemadm. aper. l. 22. ff. de testib.* Sic enim vocantur testes, quia ad testamenti, vel alterius negotii tabulas obsignandas adhibebantur.

*Realis testis
definitio,*

§. VI. Sed missis hisce, quæ saltem, ne contra crisin eorum impugnarem, qui argumento *l. Domitius ff. de testam.* statuunt, prius oportere quem terminos quæstionis explicare, quam determinare, adducere volui: ad magis realem testis definitionem me confero. Diutius vero hic minime immorari volo quæstioni, an & quatenus testimonium dividi potest in illud, quod fit per testes & per instrumenta, *vid. Althuf. jurispr. Rom. L. II. c. 34* quamvis negare non possimus, testes in jure aliquoties sub nomine instrumentorum contineri, *l. 1. ff. l. 15. C. de fid. instr.* Sufficiat *testem* definire, quod sit persona, quæ ad fidem de re dubia faciendam a iudice competente evocatur & examinatur, *Lauterb. ad tit. ff. de testib.* cui igitur definitioni si illa, quæ supra de *contumacia* diximus, adjiciantur, nullus dubito, quin statim pateat, quonam sensu nobis dicatur *testis contumax*, scilicet talis, qui a iudice suo ordinario & competente ad testimonium perhibendum legitime citatus præfractè inobediens sine fontica causa parere recusat.

*ut & testis
contumacis.*

Queritur

§. VII. Ne vero frustra de rivis videamur solliciti, inde, an testis dum de fonte nondum constat, antequam ulterius progrediamur, quæstio: an testis ad testimonium perhibendum obstrictus sit, & an invitus ad id cogi possit? ventilanda occurrit. Nullus enim testis contumaciæ reus æstimandus, si possit? nisi obligatio existat, quod ad testimonium dicendum necessario

cessario

cessario obstrictus sit. Quæstio proposita omnino adfirmanda videtur, prout id unanimiter etiam a DD. adferitur, tum quia sententia communis dicitur, Ayr. *proc. cap. 2. obs. 6. pr.* Gail. *l. 1. obs. 100. n. 1. & ibi alleg.* tum, quia gravissimis fundatur rationibus, quæ ex utilitate tam publica, quam privata, desumi possunt. Testium enim usus naturali ratione a Deo probatus huc spectat, ut publice prosit omnibus ad tuendam veritatem aduersus mendacia malorum, Oldend. *de test. p. m. 539.* hocce quippe probandi genere orbatam futuram experiremur maximam probationum penuriam & rerum omnium confusionem, ut optime Oldendorp. *ad leg. loc.* imo eveniret, ut quis propter defectum probationis jure suo & causa privaretur, *c. f. X. de test. cog.* cum non semper & ubique chirographis, sigillis, aut alia quadam scripturarum solemnitate adferri, aut confirmari possit negotium. Accedit, quod probatio, quæ fit per testes, dignior sit & probatione per instrumenta, præcipue privata, potior habeatur, *l. 14. ff. de contr. comitt. stip. §. 12. Instit. de inut. stipul. add. Berlich. l. 1. conclus. 59.* Inde etiam perhibendi testimonii necessitatem tam de jure romano, quam canonico, abunde & variis sub pœnis injunctam legimus, idque propter favorem reipublicæ, cujus interest, ut adhibeantur testes, quo eo melius quæstionis controversæ veritas detegatur, B. Dn. Sam. Stryk. *in disp. de salut. publ. c. 5. n. 51.* Hinc publicam utilitatem exigere, ne veritas occultetur, adserunt canones *can. 2. caus. 14. q. 2.* Hinc *l. 4. ff. de testam. quemadm. oper.* sancitur, prætoris officium esse, ut cogat signatores (testes in testamento adhibitos) convenire & sigilla sua recognoscere, *conf. gloss. ib. verb. cogat.* Hinc peccatum mortale dicitur, veritatem occultare, *c. ne quis 14. caus. 22. q. 2.* id quod etiam Plato *l. 1. de LL.* innuere voluit, dum eos, qui veritatem celant, improborum vult haberi numero. Vterque enim reus est, & qui veritatem occultat, & qui mendacium dicit, prout loquitur cum Augustino Gratianus *can. quisquis. 80. caus. 11. q. 3.* quia & ille prodesse non vult & iste nocere desiderat, *c. 1. X. de crim. fals.* Hinc tandem,

tandem, ut verba ad compendium referamus, de jure civili munus ferendi testimonium publicum est, ad quod inviti etiam compelli possunt, *arg. l. 2. § 1. ff. si quis caut. in jud. l. etsi per prætor. 26. §. ult. ff. ex quib. caus. maj.* ubi absentia propter testimonium dicendum ejusdem fonticæ excusationis vigorem habere dicitur, quam illa habet, quæ propter municipalem legationem adducitur, cum utrinque absentia sit eadem necessitatis ratio, *conf. Ayr. proc. adl. cap. 2. obs. 6. Gail. l. 1. obs. 100. Richt. ad cap. 45. X. de test. cog. n. 17.*

*Sed quid in
criminali-
bus?*

§. IIX. Dum vero adlegatæ LL. tantum de causis civilibus loquuntur, controversitur a DD. an in criminalibus eadem testium coactio obtineat? Fatemur, nos hic expressa lege juris civilis plane destitui, quamvis enim luculenter id probari posse videatur ex *l. 16. C. de test.* ubi dicitur: *constitutionem jubere non solum in criminalibus judiciis, sed etiam in pecuniariis, unumquemque cogi posse testimonium perhibere, de his quæ novit;* illa tamen lex pro authentica haberi nequit, dum a Cujacio saltem restituta fuit, *vid. ille l. 13. obs. 83.* in ceteris vero legibus altum de coactione in criminalibus silentium. De jure canonico ex communi canonistarum sententia idem obtinet, dum in eo testes moneri, non cogi debere ad testificandum in criminalibus adferitur, *c. super eo X. de test. cog.* nisi esset tale delictum, quod non posset sine periculo dissimulari, quale est hæresis, blasphemia & similia, tunc enim testes cogi possunt, etiam si crimen sit occultum, *Hostiens. ad rubr. de testib. cog. item conf. c. 1. X. eod. n. 10. Gilhaus. arb. judic. crim. cap. 6. p. 3. no. 148.* ut & eo casu, si veritas aliter haberi nequit, de qua exceptione *vid. infra cap. IV. §. X.* in ceteris vero casibus coactionem locum non habere, communis est opinio. Hodie vtro praxis judiciaria non attendit, utrum hæc coactio expresse fundata sit in jure civili & canonico, nec ne, cum publica utilitas coactionem indistincte admittendam esse satis evincat, præcipue cum *const. Carolin.* itidem consentiat, *art. 72. vers.* Und ob es, ubi ita traditur: Und ob

es die Nothdurfft erfordert und begehret wird, compulsorial- oder Compasß-Brieffe zu geben, dadurch die Zeugen zu gebüh- licher Sache zu bringen, &c.

§. IX. Qua necessitate & utilitate supposita diversa *Adducuntur*
Germaniæ nostræ provinciarum statuta variis testibus con- *quædam*
tumacibus dictantur poenas, quæ singulæ huc collimant, ut *Germanica-*
testes ad perhibendum testimonium tam in civilibus, quam *rum provin-*
criminalibus causis, in patrocinium veritatis obligentur. *ciarum con-*
Inde in camera imperiali mandato, sive commissoriali, clau- *stitutiones,*
sula adjici solet: Ob sich einige sperren, oder wiedern, in was *cum remissio-*
Schein dasselbe geschehe, &c. bey ziemlicher poen. der Rechten *ne ad alias.*
dazu zu halten und zu zwingen, Blum. proc. camer. tit. 73. §. 23.
In ord. proc. Magd. cap. 30. §. 15. a serenissimo LLatore it-
idem cautum: Damit auch kein Zeuge Zeugniss zu geben sich
verweigere, &c. so sollen Cantler und Râthe, oder deren com-
missarius und andere Gerichts-halter hiemit befehligt seyn, daß
sie allezeit nebst den gegentheil die Zeugen der Sachen Wich-
tigkeit nach, erstlich ohne commination einer Straffe, wann sie
sich aber darauf nicht gestellen, zum andern mahl bey poen 10.
20. 30. fl. für sich bescheiden, und da sie dennoch ungehorsam-
lich auffenbleiben, sie zum drittenmahl bey zweyfacher auch
nach und nach erhöheter Straffe eieren, & postea §. 16.
Und obgleich ein Zeuge ein oder mehrmahl in solche Straffe
verfallen, soll er doch damit die Wahrheit zu sagen sich nicht
entbrechen, sondern durch ernstliche Straffe dupli, tripli, auch
Auspfändung, und dergleichen, etc. gezwungen werden, conf.
Churfürstl. Braunschw. Ober- *adpellations-* Ordn. tit. 8.
§. 30. Sollen die commissarii, &c. ubi poena carceris et-
iam dictatur, item ord. prov. duc. Brunsv. tit. 46. durch was
poen die Zeugen zu zwingen? item ord. Pomeran. tit. 55. §. 5.
In Saxonia per ord. proc. jud. tit. 22. hoc itidem obtinet,
non obstante glossa Land-Recht lib. 3. art. 21. ad verb. Sie
sollen, quæ in defensionem abut, teste Chilian. König in
process. cap. 82. vom Gezwang der Zeugen, n. 2. in tribunali
Wif-

Wismariensi quomodo hæc potestas commissariis ipso jure data, de eo vid. Mevium p. 4. decis. 314.

*Contumacia
varie se exse-
rit.*

§. X. Et hæc sunt, quæ loco præmii ad explicatio-
nem rubri præmittere voluimus. Sequitur jam, ut ad spe-
cialiora progrediamur, & ut videamus, quomodo testium
contumacia in actibus judicialibus semet exferat, quod va-
riis modis fit. Contumax enim audit 1) qui jussu judicis
contemnit, & dicitur contumax in non veniendo, de quo in
l. 53. §. 1. ff. de jud. 2) dicitur contumax, qui quidem com-
paret, sed contumax est in se non exhibendo, post columnas,
vel ostium latitando, arg. l. 36. ff. de reb. aut jud. poss. a quo
3) parum differt, qui intempestive a judicio sine venia re-
cedit, & sic contumax fit in recedendo, can. 43. caus. 11. q. 3.
cap. 1. X. de judic. cap. 4. X. de dol. & contum. Interdum etiam
judex jubet, ut respondeat quis interrogatus, & ergo si ille
inobediens est & plane non, vel obscure responderet, contu-
max erit 4) in non respondendo, l. 11. §. 4. de inter. in jur. fac.
cui jungendus 5) contumax in non jurando, de quo in l. 38.
ff. de jurejur. Bargal. de dol. l. 5. c. 21. n. 23. Hi omnes con-
tumaces dicuntur, quatenus autem hac contumacia se reos
faciunt testes, de eo jam videndum. Ut autem ordine pro-
cedamus, & singula justo loco collocemus, hac uti volumus
methodo, ut testem contumacem consideremus, I. in rela-
tione ad judicem, & quomodo intuitu illius contumacia se
exferat, II. quid circa testem contumacem respectu citatio-
nis, insinuationis, comparationis & examinis notandum,
III. videbimus personas, quæ sine nota contumaciæ testimo-
nium recusare & quatenus id facere possint, IV. tandem
poenæ testium contumacium subjicientur.

*Conspectus
& ordo di-
sputationis
proponitur.*

CAP. II.

De Teste Contumace in Relatione ad Judicem.

CON.

CONTENTA HUIUS CAPITIS.

Judex esse debet competens, nec prorogationi locus est, §. I. queritur: an testis contumax audiat, si a iudice superiori citatus parere recusat, id quod adfirmatur, §. II. observanda tamen practica, l. 3. §. 6 ff. d. test. ut & privilegium de non evocando, §. III. quodnam sit illud privilegium explicatur, & quinam illo gaudeant, adducuntur, §. IV. quid si in una civitate, quæ privilegio de non evocando gaudet, duo judicia concurrunt, inferius & superius, §. V. queritur: an laicus sit iudex clerici competens, & an clericus ad testimonium dicendum cogi possit? §. VI. resp. clericum cogi posse, §. VII. non tamen a iudice seculari, §. IIX. dantur casus, ubi clerici testes forum seculare agnoscere tenentur, §. IX. reliqui comparere tenentur vel coram ipso iudice, §. X, vel coram commissario, §. XI. an coram delegato commissarii? negatur. Recensentur tamen exceptiones, §. XII. in criminalibus delegatio non facile a iudice suscipienda, quæ etiam de jure civili plane illicita, §. XIII. de praxi interdum permittitur, §. XIV.

§. I.

Requiritur autem, antequam respectu iudicis testis contumaciæ reus sit, ut iudex, sive magistratus, sit competens. Dico: iudex, sive magistratus. Postquam enim jam olim illa iudicum datio, quæ fiebat a magistratu, l. 14 ff. de reb. jud. l. 4. §. 3. de off. ej. cui mand. jurisd. in usu esse desiit, magistratusque ipsi iudicare iussi, magistratus & iudicis nomen confundi cœpit, l. 2. §. 5. C. de pedan. jud. §. f. inst. de interd. §. 9. f. de publ. jud. atque hodie unum pro altero promiscue usurpari solet. Hunc iudicem dico competentem esse debere; præsupponendum enim, penes illum, qui jubet aliquid, jus esse imperandi & iubendi, quo deficiente ab alio exigere nequit, ut voluntatem & iussa expleat, & alter dum libertate sua utitur, nullo modo delinquit, adeoque contumaciam non incurrit, unde optime Hermogenianus in l. 53. §. 3. ff. de re jud. adserit: contumaces non videri, nisi qui cum obedire deberent, non obsequuntur, & Paulus in l. fin. ff. de jurisd. Extra territorium jus dicenti impune non paretur. Testes qui p-

*Judex esse
debet com-
petens.*

pe cogere ad testimonium dicendum est actus contentiosæ jurisdictionis, qui in eos, qui alienæ jurisdictioni subiecti, exerceri nequit, Carpz. *jurispr. eccles. l. 3. def. 24. n. 4.* & sic judex incompetens ut mere privatus consideratur, qui pronuntiando sententiam fert ipso jure nullam, unde id, quod statuit, nullam rei judicatæ continere auctoritatem Imperatores Diocletianus & Maximinianus in *l. 3. C. de jurisd. omn. jud.* rescribunt. Id quod ex mea sententia adeo verum, ut nequidem invito judice ordinario prorogatio locum habeat. Quamvis enim DD. communiter hic in contrarium adferant *l. 2. C. comm. utr. jud.* unde inducere volunt, hoc unice a voluntate citati dependere, an comparare velit, annon; hodie tamen, ubi possessio jurisdictionis moribus & consuetudinibus recepta atque ipsa jurisdictio in patrimonio, siue commercio posita, prorogationem jurisdictionis locum non habere censeo, ne iudices ordinarii careant fructibus jurisdictionis suæ. Unde nec vasallo licet hodiernum sine consensu Domini sui, in cujus patrimonio est jurisdictio, coram alio comparere; id enim faceret cum injuria domini sui, Duaren. *ad tit. de judic. rubr. de for. comp.* inde etiam apud Carpz. *p. 1. c. 16. def. 29.* in causa Christoph. Neudels in Ballfeld ita pronunciarum: Da der Landes-Fürst, von dem eure Frage meldet, die Person, deren auch in euerer Frage gedacht wird, mit den Ober- und Nieder-Gerichten beliehen, und Seine Fürstl. Gnaden gedachter Person Unterthanen zu zeugen in bürgerlichen und peinlichen Sachen citiren wolte; So geschicht von hochermeldeter Ihrer Fürstl. Gnaden solches vermöge der Rechten, wosern des Orts dem Hoff und Canzley-Gebrauch nach ein anders nicht hergebracht, per sublidium und durch befehlich an den Unterrichter billig, B. N. W. Si igitur iudices ordinarii subditis suis inhibere possunt, ne coram alio judice compareant, sequitur etiam, quod sine consensu judicis sui nec volentes ex rationibus modo dictis comparere possint, Oswald. Hillig. in *Donell. l. 17. cap. 10. lit. N.* Unde infero, quod si testis extraneus sponte comparet sine

sine permisso iudicis ordinarii, cui subest, illa a parte adversa recusari possit, partim quod non legitime citatus fuerit, partim quia præsuntio contra ipsum oritur, quod semet ipsum ingesserit & hinc suspectus habetur, *arg. l. 25. ff. de procur. l. 5. §. 10. ff. d. J. immun. l. 3. C. qui milit. non poss.* Nec movet autoritas dissentientium, Lauterbachii *colleg. theor. pract. de test. §. 8.* Hahnii *ad Wesemb. eod. tit. n. 2.* Carpzovii *jurispr. consistor. l. 3. d. 24.* & aliorum, qui hac ratione utuntur, quod veritas hic magis, quam solemnitates inspiciendæ; regerimus enim, quod quando L. L. solemnitates requirant, illæ necessario adhibendæ sint, idem enim est non fieri & non legitime fieri, *arg. l. 6. ff. qui satisd. cog. gloss. ib. l. 4. §. 6. ff. de reb. jud. ejusmodi solemnitates vero intuitu testium requiruntur, & inter illas legitima citatio refertur, utpote quæ testimonium judiciale ab extrajudiciale distinguit, Speckhan. quæst. jurid. cent. 3. cl. 3. quæst. 16.* Concludimus inde, quod quo magis incommodum evitetur, iudex consulte faciat, si testes ad examen non provocet, nisi prius consensus iudicis eorum ordinarii impetratus fuerit. Exceptio tamen hic erit 1) in vagabundo, hic enim, quia nullum domicilium habet, a quocunque iudice in quocunque loco ad testimonium perhibendum adstringi potest, 2) eo casu, si periculum est in mora, mortis ipsorum testium, &c. consensus iudicis ordinarii non præcise requiritur, *Gail. l. 1. observ. 93. n. 4.*

§. II. Sed inde jam alia quæstio resultat: an videlicet testis contumaciæ poenam incurrat, si non quidem a iudice immediate ordinario, sed superiore, non requisito magistrali inferiore, citatus parere recusat? ad quam generaliter cum Rauchb. p. 1. quæst. 13. (ubi prolixè hanc materiam ventilat,) adfirmative respondemus. Quamvis enim iudicis inferioris potestati permittatur, ut testes citare possit; id tamen juris necessitati non subjacet intuitu superioris, scil. ut hic iudicis inferioris citationem requirat, si causa coram ipso ventilatur, vid. *l. 40. ff. de judic.* nec sequitur, princeps jurisdictionem inferiori concessit, ergo sine ipsius præcitu testem

Testis contumax audit, si a iudice superiore citatus, parere recusat.

item sub illo degentem citare nequit, plane enim diversa hæc sunt, a quibus male fit illatio, *l. Papinianus 20. ff. de minor.* Pertinet huc regula vulgata de jure civili, quod concedens jurisdictionem inferiori, intelligatur eam in dubio non privative, sed cumulative concessisse, *Panorm. in c. pastoralis n. 6. X. de off. ord.* adeo, ut eadem potestas & jurisdictio superiori intuitu causarum, quæ coram ipso ventilantur, adversus homines subditosve sui inferioris etiam deinceps competat, juxta regulam: si vinco vincentem te, multo magis te vinco, *c. autoritat. X. de concess. præbend. in 6. l. 14. §. itaque ff. de divers. & temp. præscr.* Unde etiam dicitur, quod judicium solvatur vetante eo, qui majus imperium possidet in eadem jurisdictione, *l. judic. solv. 58. ff. de judic.* quia per supervenientiam majoris cessat minoris Magistratus jurisdictio, *l. 5. C. de off. rect. prov.* imo hoc contra reverentiam & fidem principi ab inferiore debitam impingeret, quibus tamen salvis jura intendi debent, *Coler. de proc. execut. p. 3. c. 7. n. 31. Anchoran. l. 2. quæst. aur. 48. n. 8.*

Observanda
tamen pra-
ctica, l. 3.
§ 6 ff. de
test.

§. III. Quamvis vero, ut modo demonstratum, judici superiori, sive principi, hæc evocandi potestas regulariter competat, observanda tamen omnino venit practica *l. 3. § 6. ff. de test.* ubi circa evocationis materiam ita sancitur: *testes non temere evocandi sunt per longum iter, & multo minus milites avocandi sunt a signis, vel muneribus, perhibendi testimonii causa, idque Divus Hadrianus rescripsit, sed & Divi fratres rescripserunt, quod ad testes evocandos pertinet, diligentie judicantis est explorare, quæ consuetudo in ea provincia, in qua judicat, fuerit.* Idque duabus potissimum ex rationibus, partim, ne testibus officium suum, quod judicio & veritati præstant, nimis damnosum, *l. 7. ff. quemadm. testam. aper. ibique Bart.* partim, quia partibus valde onerosum esset, frustraneos & non necessarios sumtus erogare, *arg. l. 11. C. de test. Gail. l. 1. obs. 98. in f.* Et inde in praxi observatur, quod circumstantiis ad *l. l.* adductis occurrentibus articuli ad judicem testis ordinarium interdum trans-

transmittantur, isque per compulsoriales adigatur, sive, si inter duos iudices nemo superior, nemo inferior, per litteras mutui compassus, aut subsidiales, germanice *Compass-Brieffe*, rogetur, ut citata parte, aut procuratore ejus, testes examinet, atque ita depositiones ad locum judicii remittat, quæ perinde valent, ac si coram ipso iudice causæ factæ fuerint, *l. 18. C. de fid. instrum.* Quomodo vero literæ mutui compassus conficiantur, de eo vid. *Dn. Præsidis Einleitung zum civil. Proc. cap. 15. §. 29. & not. ad const. crim. art. 72.* Deinde notandum, quod nec a iudice etiam superiore illi, qui privilegio de non evocando, aut alia quadam speciali concessione muniti, ad suprema judicia trahi possint, quia ejusmodi evocatio nullius foret utilitatis, cum testes nihilominus impune testimonium recusare possint.

ut & privilegium de non evocando.

§. IV. Est autem privilegium de non evocando exemptio, qua subditi, qui alias coram iudice, qui ius evocandi habet, comparere obligabantur, speciale privilegium nascitur. Si sunt, quo mediante non nisi coram iudice suo immediate ordinario semet sistere tenentur, vid. *Rhet. institut. jur. publ. l. 1. tit. 6.* Gaudent illo privilegio præcipue subditi principum electorum, idque per *A. B. cap. 11. §. 1.* unde quia de effectu hujusce privilegii exinde uberrime constat, verba in vernacula hic adducere liber: Wir ordnen und setzen hiermit, daß kein Graff, Freyherr, Edel, Ritter, Lehn-Dienst-oder Burg-Leuthe, noch andere Versohnen, so den Stifftern, Kirchen, oder Gottes-Häusern in Maynz, Cölln, oder Trier zuständig und unterworfen, welcherley Standes, Bürden oder Besessen sie seyn, auf eines Klägers anhalten aus ihren Landen, Gebieten und Grängen solcher Stiffter und deren Zubehörungen, fürtan zu keinem andern Gericht geladen werden sollen, und mögen, dann vor die jetzt erwehnte Gerichte zu Maynz, Trier und Cölln, wie solches bißher ebenmäßig gehalten worden, 2c. die citirte sollen nicht erscheinen, noch Antwort geben, 2c. dieselbe Ladung soll in keinen Kräfften noch Bürden bestehen, sondern ganz nichtig ab und tod seyn, *const. capit. Leopold. art. auch sol-*

Quodnam sit illud privilegium, explicatur.

quinam illo gaudeant. adducuntur.

len und wollen &c. 18. idem in specie de subditis electorum & ducum Saxoniae adstruit Carpz. in *tr. de privileg. elect. & duc. Sax. de non adpell. ib. 29. n. 31. seqq.* Licet autem reliquis statibus imperii hoc privilegium eo tempore concessum non fuerit, hodie tamen nulla intuitu eorum differentia deprehenditur, vid. Sylu. Germ. *Teutscher Reichs. Staat. tom. 1. p. 4. cap. 1. §. 7. p. m. 437.* unde etiam Gail. *l. 1. obs. 98. n. 2.* testatur, quod commissarii camerales mediatos imperii subditos evocaverint quidem, illis vero semper a statibus contradictum fuerit, sic ut etiam in contradictorio obtinuerint. Quamobrem mutato statu imperii Romani illud amplius defendere non possumus, quod Speckhan *quest. jur. cent. 3. class. 5. p. m. 956.* de potestate camerae imperialis circa evocationem mediatorum subditorum ex *l. deprecatio 9. ad l. Rhod. de iact. & l. fin. C. de quadrienn. praescript.* adstruere conatur, quia scilicet camera supremum principem & dominum orbis Romani repraesentet, & proinde quam late patet imperium, dictae camerae jurisdictio se extendat. Hodie igitur omnium etiam imperii statuum subditi hoc gaudent jure, ut a camera testimonii dicendi causa evocari non possint. De hoc enim solum solliciti sumus, nam quid obtineat, si in alieno territorio delinquant, contrahunt & ibi deprehenduntur, & quomodo hoc casu privilegio suo uti non possint, de eo vid. Sylu. Germ. *Teutscher Reichs. Staat ad l. l.* Porro dantur & aliae civitates & provinciae municipales, quae hoc privilegium consecutae sunt, sic ut a dicasteriis senatui articuli transmittendi sint, ut ipse cives suos ad illos examinet, imo consuetudine etiam hoc jus introduci posse statuit Carpz. *p. 1 c. 16. d. 29. in f.* Ejusmodi privilegium possident Lipsienses, qui ad curiam provincialem non nisi per subsidium senatus vocari possunt, Carpz. *process. l. 7. art. 3. n. 44. seqq.* prout etiam obtinet in Lusatia, ubi subditi ne quidem a supremo adpellationum senatu irrequisito iudice immediato evocari possunt. Sic quoque consistoria in electoratu Saxoniae non immediate citant, sed demum

demum requisito iudice seculari, vid. *resol. gravam. de anno 1612. tit. von consistorial. Sachen, conf. Schilter. ex 7. th. 10.*

§. V. Quid vero, si in una civitate duo judicia concurrunt, quorum unum altero superius, civitas vero privilegio de non evocando gaudet, quæritur: *an testis civis a qua privilegio de non denegare possit?* negatur, nisi privilegium illud demum post evocando existentiam supremi iudicii civitati, & expresse magistratui civitatis tamquam iudici inferiori a principe concessum, *judicia con-* alias civis in testem evocatus unque parere tenetur, cum *currunt, infe-* id, quod in favorem iustitiæ introductum, in ejus detri- *rius & su-* mentum & protractionem flecti non debeat. Beneficium *perius?* quippe de non evocando favet civibus, ne extra civitatem cum damno suo a re familiari avocentur, non autem tribuit magistratui privative examinandi potestatem & illam superiori denegat. Privilegia enim stricte sunt accipienda, nec ultra literas temere extendenda, Bart. in l. 1. ff. de LL. c. privilegia. dist. 3. Imo licet princeps antea magistratui examen testium concesserit, nihilominus tamen ille deinceps pro lubitu jus suum exercere potest, per supervenientiam enim majoris magistratus cessat jurisdictio minoris, l. 5. C. de off. rect. provinc. Certo respectu hic quoque applicari potest, quod habetur in Sächs. Land. R. l. 1. art. 58. §. wenn der Graff, &c. scilicet quod quandocunque rex, vel imperator intraverit provinciam vasalli sui, sive is dux fuerit, sive comes, aut quicumque alius, ejus jurisdictio cesset, cum quo convenit Land. R. l. 3. art. 6. §. in welcher Stadt, junct. art. 26. & art. 56. unde communiter dicitur: in welches Land der Kaysers kommt, da ist ihm das Gericht ledig, daß er alle Klagen richten mag, die vor ihn kommen, quod tamen salva superioritate territoriali statuum imperii, salvisque aliis privilegiis intelligendum. Demum notandum, quod nulla etiam præscriptio contra principem currat respectu hujus privilegii, cum hoc meræ facultatis sit, quamvis princeps iudici inferiori per temporis spatium

circa examen testium aliquid indulserit, l. 2. ff. de via publ. gloss. & DD. ib. gloss. in l. 1. C. de annal. exc. vid. casus huc pertinentem in terminis intuitu civitatis Wislmarie & supremi tribunalis regii apud Meu. p. 3. dec. 151.

*Queritur :
an laicus sit
iudex com-
petens cleri-
ci. & an cle-
ricus ad testi-
monium di-
cendum cogi
possit !*

§. VI. Antequam vero hanc circa privilegium de non evocando materiam mittimus, meretur adhuc ventilarum quaestio de foro competente clerici. Cum enim clerus regulariter semet a jurisdictione laicorum exemptum esse praetendat, quaeritur: an clericus a iudice ad testimonium dicendum cogi possit, & quinam iudex sit competens? ut vero ordine procedamus, duo hic membra distinguenda veniunt, 1) an clerici cogi possint? 2) an hoc a iudice seculari fieri queat?

*Respondetur,
clericum co-
gi posse.*

§. VII. Quod prius adinet, an coactio ad testimonium perhibendum intuitu clericorum locum habeat, affirmative quo minus respondeamus, impedimentum non video. Clerici enim non reperiuntur in numero personarum, quae a necessitate testandi exemptae sunt, nec in catalogo privilegiatorum, de quibus infra cap. IV. Quamvis enim ob stare videatur adsertum Theodosii in l. 7. C. de episc. & cler. ubi dicitur: nec honore, nec LL. episcopus ad testimonium dicendum flagitetur, item: episcopum ad testimonium dicendum admitti non decet, juncta ratione, nam & persona oneratur, (vel, ut legitur in codice Theodosiano, debonestatur,) & dignitas sacerdotis exempta confunditur; respondeatur tamen, quod adl. lex de clericis a iudice seculari regulariter non cogendis loquatur, Brunnem. in d. l. n. 1. & haec ratio sufficere potest explicationis. Licet enim sint, qui statuunt, verba illa intelligenda esse de casu, si veritas aliter haberi nequit, & extra hunc casum clericos excusatos esse, nec cogendos contendunt, Gail. l. 1. obs. 100. n. 16. Brunnem. ad l. 17. C. de test. hanc tamen explicationem admittendam non esse existimo, & dicerem potius, clericum semper, etsi alii testes forsan haberi possent, examinandum esse, cum maiorem fidem facere possit, quam alii,

alii, præcipue cum inveniantur, qui dicunt, quatuor clericis & sacerdotibus plus credendum esse, quam sex laicis & secularibus, *Marta conf. 44. n. 4. & conf. 87. n. 30. 31. Durand. in spec. l. 2. part. 2. de requisit. n. 8. conf. Carpz. p. 1. c. 16. def. 69.* neque sane eorum dignitas eo ipso minuitur, ut prætendant, quando in causis laicorum testimonium dicunt, cum veritatis dictio potius virtutis opus sit, ut oppressis succurratur, & iniquitati occurratur, adeoque minime concedenda ipsis erit exemptio. Vnde quoque jure consuetudinario nulla diversitatis ratio attenditur, siue personarum secularium, siue religiosarum, sed perinde ac laici ad testificandum hodie clerici sunt compellendi, *Pingitz. quest. 35. Mart. Coler. p. 1. dec. 211. p. 2. decis. 241.* prout non solum in Germania, sed etiam de consuetudine Belgii & Galliarum, teste *Paul. Christin. dec. 17. n. 8. seqq.* obtinet.

§. IIX. Progredior ad alterum præstionis membrum: *Non tamen an & quatenus a iudice seculari clericus ad testimonium cogi possit, & annon semet exceptione iudicis incompetentis tueri queat, si a seculari citatur? cuius quæstionis difficilius est explicatio.* Communiter a DD. hic negativa defenditur, quam etiam eousque extendunt, ut clerici nec volentes se jurisdictioni seculari ad perhibendum testimonium in præjudicium jurisdictionis episcopalis subicere possint, & hæc sententia ex mente eorum firmatur (1) per *can. 22. c. 22. q. 5.* ubi ita: *nihil ex ecclesiastico ordine cuiquam laico quidquam supra sacrosancta evangelia jurare præsumat.* *Lauterb. coll. theor. pract. de test. §. 9.* (2) per *cap. 12. X. d. foro comp.* ubi expresse reperitur, clericum nec jurisdictionem iudicis secularis prorogare posse, ne quidem cum iuramento, quia hoc statuta & concilia canonica Milevitani & Carthaginense impugnat, Carthaginensis concilii verba adduxit. Exc. Dn. Böhmer *de jur. eccles. pract. l. 2. t. 2. §. 37.* Postquam enim clerici ex imperatoris concessione ab initio sibi audientiam, siue nudam notionem adrogarunt, *l. 1. C. d. episc. aud.* intempestivus erga religionem ardor effecit, ut magistra-

gistratus ecclesiastici omnigenam jurisdictionem exclusam plane potestate seculari sibi vindicarint, imo confirmationem hujusce usurpationis deinceps ab ipsi imperatoribus obtinuerint, vid. Friderici *auth. statuimus C. d. episc. & cler.* Et inde exortum, quod in jure provinc. Saxon. *l. 1. art. 1.* dicatur, *zwey Schwerdter ließ Gott auf Erden zu beschirmen die Christenheit, dem Pabst das Geistliche, dem Kayser das Weltliche,* adeoque corruptam hac in parte apud pontificios jurisdictionem hodiernam dolemus, quæ hierarchia non solum cum tranquillitate reipublicæ, sed & ipsamet salute ecclesiæ pugnat, vid. Excell. Dn. Böhmeri *dissert. prælimin. ad jus eccles. protest. §. 21. & passim.* Quidquid tamen sit, hodie clerici exemptionem a potestate judicis secularis ex semel recepta praxis corruptione recte urgere valent, nec nisi a iudice ecclesiastico ad testimonium dicendum compelluntur. Id enim prærogativæ datum est dignitati clericali, Gail. *l. 1. obs. 100. n. 16.* Balduin. *d. cas. consc. l. 2. cap. 9. cas. 19.* Farinac. *de test. qui 6. n. 7.* Carpz. *juris consist. l. 3. def. 24.* Finckelth. *obs. 95.* quæ praxis non solum apud ipsos papicolos mansit, sed & ad fora protestantium permanavit, ubi coram magistratu ecclesiastico tamquam iudice suo proprio testes iidem examinantur, B. Dn. Stryk. *V. M. ff. d. test. §. 7.* Et hoc privilegio tota clericorum gaudet familia, Meun. *p. 3. d. 173.* Cothm. *resp. acad. 17. de foro com. §. 3.* forum privilegiatum quippe regulariter ad uxores & liberos extenditur, Klok. *vol. 1. conf. 39. n. 44.* Brunnieman *jur. eccles. cap. 1. §. 12. in. f.* a quo tamen famuli & ancillæ conductitii merito excluduntur, ut pote quod nec ex ipso jure canonico probari posse pontificii etiam fidentur, Barbof. *de jur. eccles. l. 1. c. 39 §. 2. n. 57.* conf. excell. Dn. Böhmeri *ius eccles. l. 2. tit. 2. §. 34. 44.* Porro dicto privilegio omnes gaudent, qui sub nomine clericorum veniunt, sive, qui in ecclesia Dei deserviunt, ut loquitur *c. clericos 1. dist. 21. v. g. Acoluthi, exorcistæ, lectores, ostiarii, organici, &c.* qui omnes jurisdictioni ecclesiasticæ subjacent & ut testes vocati, non nisi coram iudice ecclesiastico examinari possunt, nisi

nisi per specialem constitutionem principis etiam coram ordinario iudice seculari comparere iussi, prout hoc ita in ordinatione ecclesiastica ducatus Magdeburgici *cap. 28. sect. 3. §. 2.* a sereniss. LL. constitutum, add. Dn. Mylii *constitut. Magdeb. p. 2. c. 1. §. 23 & 25.* ubi ita: vor dem consistorio nun haben ihr forum alle Prediger, so viel ihr Amt und personal - Sachen betrifft, die Ruster aber, als welche Inhalts Unserer Kirchen - Ordnung von jedes Orths Obrigkeit bestellet, auch wann sie sich in ihrem Amt der Gebühr nach nicht bezeugen, auff vorgegangener cognition von derselben beurlaubet werden, sollen das forum vor jedes Orths Obrigkeit agnosciren. Cum enim in foris protestantium clericis quidem forum ecclesiasticum & privilegium, sed ex mera principum gratia & indulgentia concessum, a principibus itidem pro lubitu exemptio illud restringi, minui & penitus auferri potest. Inde in *ordinat. consist. Hassu-Cassell. cap. 8.* magis adhuc privilegium clericorum intuitu fori ecclesiastici restrictum, quippe ubi disponitur, daß in andern civil und politischen Schuld- und dergleichen Sachen und Forderungen, die mit ihrem Geistlichen Stand und Amt keine Gemeinschaft haben, (inter quas causas etiam examen, si ut testes producuntur, procul dubio referendum,) bey ihrer ordentlichen und weltlichen instantz und Gerichts-Zwang gelassen werden sollen. Quid? quod in nonnullis civitatibus imperii immediatis, ut Hamburgi, Noribergæ, Bremæ, &c. consistoria plane sublata, & clerici æque ac laici senatui subsunt, & eodem cum ceteris foro fruuntur, vid. Dn. Böhmeri *jus eccles. cit. l. §. 38.* Id etiam in Marchia obtinet, quod clerici non minoris ordinis solum, sed & ipsi concionatores, die Prediger, coram patronis & ordinario iudice forum sortiantur in causis civilibus, adeoque ut testes producti incompetencia fori semet tueri nequeant, sed refractarii etiam a iudice seculari ut contumaces puniri possunt, conf. Dn. Præf. Einl. zum consistor. Proceß *cap. 5. ubi §. 2.* ipsa verba der Märckischen Kirchen Ordnung, *tit. 10. §. final.* adducit, & omnia, quæ ad compe-

*Dantur ta-
men casus,
ubi clerici
testes forum
seculare a-
gnoscerentur.*

competentiam fori clericorum spectant, fuse pertractat.

§. IX. Quamvis vero regulariter, ut in præcedenti §. ad nauseam demonstratum credo, clerici de iure canonum coram iudice seculari comparere nequeant; dantur tamen aliqui casus excepti, ubi etiam a iudice laico citari, examinari, imo cogi possunt, videlicet (1) si consensus episcopi, aut iudicis ecclesiastici accedit. Potest enim hic licentiam dare iudici laico, ut testem clericum coram se ipso examinet, *can. 2. c. 14. qu. 2. Mascard de probat. conclus. 1365. n. 61. Gail. l. 1. obs. 100. n. 16. Brunnem. ad l. 7. c. de episc. & cler. n. 6. & 7.* Videtur enim sic ipse iudex ecclesiasticus per secularem tanquam delegatum hoc examen expedivisse, *Carpz. l. 3. def. n. 10.* (2) examinatio & coactio clerici a iudice seculari recte fit, exigente ita necessitate, utpote quæ non tantum non subest LL. sed lex potius subest necessitati, *arg. l. 7. in f. ff. de administr. & peric. tut. cap. concilium. 2. X. de observ. jejun.* ideoque si in mora periculum, v. g. tempore pestis, belli, &c. clericus coram iudice seculari examinari potest, quoties enim præsens necessitas postulat, etiam coram incompetente iudice facta receptio valet, *Gail. l. 1. obs. 93. n. 4.* maxime si imploratio iudicis ordinarii moram cum periculo amittendæ postea probationis involvit, *Guid. Papa decis. Gratianop. qu. 65.* Ex eodem fundamento etiam iudex secularis clericum delinquentem sine consensu episcopi prehendere potest, si res moram non patiatur, & præsens fugæ periculum adsit, *B. Stryk ad Brunnem. ius eccles. l. 3. cap. 1. §. 12.* (3) clericus apud nos protestantes sine contumaciæ nota iudicium seculare declinare non potest, si ad superius statim tribunal vocatur, quippe quod ipsum principem repræsentat, cui clerici tam in causis civilibus, quam ecclesiasticis, quatenus imperium & iudicium humanum patiuntur, virtute iuris episcopalis suspensa & in principem translata, subsunt, *Meu. p. 8. dec. 274. n. 2. Brunnem. iur. eccles. l. 3. c. 1. §. 1.* nec opus est, ut princeps, aut eius personam repræsentans supremum tribunal, illos mediate & per subsidium judi-

judicii ecclesiastici ad testimonium dicendum vocet, dum
judices ecclesiastici docere nequeunt, sibi jurisdictionem
privative concessam esse, sed potius illa cumulative data
videtur, vid. supra §. III. conf. Zanger. *de except.* p. 1. c. 2. n.
160. Stryk *ad Brunnem. jus eccles.* l. 1. c. 6. membr. 12. §. 6. & l. 3.
c. 1. §. 11. adeoque princeps pro lubitu iurisdictionem ipse-
met exercere, nec hoc passu ulla fori exemptio a clericis ad-
legari potest. Cum enim ecclesiam receperit respublica,
ut alumnam nutricia, non est respublica in ecclesia, sed
ecclesia in republica, ut ex Clapmar. *de arcan. rerum publ.* l. 3.
c. 5. loquitur Mevius *ad ius Lubecense. quest.* 3. n. 4.

§. X. Hisce igitur, quos hactenus recensuimus, exem- *Reliqui indi-*
tis, reliqui indistincte ad testimonium perhibendum obli- *stinete com-*
gantur, nisi speciali privilegio exemptos semet docere pos- *parere tenen-*
sint, aut ipso jure securi & ex speciali legis beneficio exem- *tur,*
tionem habeant, de quibus infra cap. IV. pluribus agemus. *vel coram*
Adeoque legitime a iudice citati in iudicio ipsi comparere *ipso iudice.*
tenentur, id quod melius, Gail. l. 1. obs. 102. n. 4. Carpz.
l. 3. resp. 87. n. 1. cum testimoniis solis, seu scriptis testium
depositionibus in iudicio productis iudicique exhibitis fi-
des plena semper adhiberi non possit, unde in l. 3. §. 3. ff.
de test. Divus Hadrianus Iunio Rufino pro Cs. Macedoniæ
ita rescripsit: *quod crimina objeceris apud me Alexander Apro,*
& quia non probabat, nec testes producebat, sed testimoniis uti
volebat, quibus apud me locus non est, nam ipsos interrogare
soleo: quem remisi ad provinciæ præsidem, ut is de fide testium
quereret, & nisi impleisset, quod intenderat, relegaretur. I-
tem Gabinio Maximo idem princeps rescripsit in d. l. 3. §. 4.
alia est autoritas præsentium testium, alia testimoniorum, quæ
recitari solent, tecum ergo delibera, ut si retinere eos velis, des
iis impendia, iudex enim optime ex testium præsentium
vacillatione, constantia, reliquisque circumstantiis colli-
gere potest, quantum depositionibus eorum tribuendum
sit, dum non satis certis regulis definiri potest, quæ cuique
rei probandæ sufficiant, sed iudicem ex animi sui sententia
æsti-

æstimare oportet, quid aut credat, aut parum sibi probatum opinetur, prout dicitur in *cit. l. 3. §. 2. ff. de test.*

vel coram

commissario.

§. XI. Minime tamen exinde inferitur, testes semper a iudice ordinario citari debere, nec eos contumaces audire, si a commissariis, quæ ab ordinario iudice subinde dari consueverunt, citati comparitionem denegant, delegatio enim illa licita est, quamvis concedamus, iudicem non nimis facilem esse debere in potestate hac aliis deleganda, *Carpz. l. 3. resp. 87. n. 7.* & sic delegationi nonnisi exigente necessitate locus datur, *nov. 90. c. 5. l. 15. ff. de iurej. l. 18. C. de fide instrum.* ita multitudo causarum sæpius non permittit, ut iudices ipsi negotio examinis sufficiant, unde in camera semper coram commissariis testium examen perficitur, & ibi partes commissarios nominare solent, qui deinde per sententiam interlocutoriam confirmantur, *Gail. l. 1. obs. 94. & 96. n. 1.* nisi sint suspecti, tum enim alii conceduntur cum potestate adiungendi notarium, principibus vero indistincte alium adiungere licet, ut eo sincerius omnia expediantur, *Gail. adl. l. Bernh. Græuen. in eund.* & hunc in finem in *R. J. noviss. de A. 1654.* cautum, quod etiam praxis cameræ confirmat, ut per testes probaturus commissarios petat ad eorum examinationem, juxta §. *Dahero 47. ibi: wenn dasjenige, was Kläger vorgebracht, vom Beklagten negirt worden, soll Kläger darauff in dem folgenden termin commissarios zu ernennen, und commission zu bitten schuldig seyn.* Interim quatenus hoc laudandum, quod in camera super commissione decernenda partes prius audiri soleant, de eo vid. *Meu. p. 3. d. 203.* qui praxin hancce ut protelandæ litis medium forte non sine ratione reprehendit. De iure provinciali Würtembergico itidem examinationem testium per commissarios obtinere testatur *Lauterb. coll. theor. pract. tit. de test. §. 6.* ut & in Italia, de cujus praxi quædam notatu digna hic adferemus. Dum enim ad probationem per testes ventum, hinc inde a partibus dantur confidentes, h. e. ab utraque parte in schedula quadam, quæ neutri partium communi-

municatur, nominantur commissarii non suspecti, quod si jam partes in eosdem commissarios consentiunt, res expedita est, id est, dantur illi commissarii, qui utrique parti sunt confidentes, sive in quos simul consentiunt, de quibus vid. Felin. in c. super question. de offic. & potest. jud. deleg. Spec. tit. de requis. consil. §. 1. n. 3. Missis autem hisce, quod ad praxin cameræ attinet, adhuc brevibus hic adducere liceat, quod ejusmodi commissio, quæ fit ad testium examinationem, a cameralistis vulgo dicatur *commissio in comuni*, quæ differt a *commissione in optima forma*, quia hæc decernitur ad recipienda & transsumenda instrumenta, umb *brieffliche Urfunden auffzunehmen*, sed hæc raro obtinet, quia in camera instrumenta judicialiter & in vim probationis produci debent, & hinc saltem in eo casu decernitur, quoties periculum subest in transmissione instrumentorum, v. g. si in archivis alienis inter monumenta publica adservantur, item si testamenta amplissimarum hereditatum, ubi originalia sine periculo transmitti non possunt, sed hæc obiter, vid. Gail. l. 1. obs. 96. Blum. proc. camer. tit. 73. n. 39.

§. XII. Controvertitur vero a DD. an etiam testes obligentur coram delegato commissarii comparere, & an hoc casu ob inobedientiam contumaciæ pœnam incurrant? *An coram delegato commissarii?* cardo totius controversiæ est in quæstione: *an examen testimonium a commissario delegari possit?* negativa verior. Delegatus enim ab ordinario regulariter subdelegare non potest, quia propriam non habet iurisdictionem, sed mandatam & sic alieno utitur beneficio, l. 5. l. 6. ff. de jurisd. omn. judic. ubi expresse Julianus & Paulus ad mores majorum provocant, & ita antiquitus observatum esse adserunt, *tum demum iurisdictionem mandari posse, si quis eam suo iure non alieno beneficio habeat.* Id quod porro exinde quoque liquet, quia ubicunque industria personæ electa, ibi per se pater, subdelegationem locum non habere, arg. l. 31. ff. de solut. l. un. §. si vero talis. C. de cad. toll. Est enim inter homines

*exceptiones
recensentur.*

mines magna differentia, & ingenii, & naturæ, & doctrinæ, & institutionis, ut in *adl. l. 31. de solut.* statuitur, quod respectu commissariorum adplicari posse, extra dubitationis aleam positum esse existimo. Interim tamen hanc sententiam varias pati exceptiones negare non possum. Fallit enim (1) si partes in id consenserint, & semet voluntario iurisdictioni subdelegatorum subjecerint, tunc quippe de nullius agitur præjudicio, & testes semet conformare debent voluntati producentium: (2) exceptio adest, si plures commissarii dati sunt conjunctim & divisim, sub formula: *si non omnes*, prout hoc in camera plerumque fit, *Myns. cent. 3. obs. 41.* & unus ita subdelegat, tunc enim testis ex capite nullitatis testimonium declinare non potest, salvatur quippe examen, utcunque partes contradixerint, & dissimulatur hæc nullitas ideo, ne utile per inutile vitietur, valuisset enim examen etiam sine eo, qui alium subdelegavit. (3) Subdelegatus recte testes citare valet, si universitas causarum delegata, hoc enim casu commissarius ut ordinarius habetur, qui iuste delegat, *l. 5. l. 17. §. 1. ff. de jurisd.* (4) quarta exceptio demum erit in commissariis camerilibus, utpote qui indistincte subdelegare valent, teste Gailio *l. 1. obs. 97. n. 7.* ubi eiusmodi subdelegationes admissas esse in causa Tübingen contra abbatem in Guldenbach adserit, ex ratione, quod camera summi principis, sive imperatoris iudicium sit, unde delegatum ejus recte subdelegare posse statuit, nisi specialiter industria personæ electa, quod ex circumstantiis & momento causæ dijudicandum, præcipue cum delegatus principis major sit omni superiore in causa sibi commissa, *c. pastoralis §. præterea de offic. jud. ordin. c. fin. §. fin. de offic. deleg.* Sic ut commissarii cameræ sint receptores testium, cum ceteri commissarii non sint, nisi nudi examinatores, inter quos, prout *gloss. in clement. 1. de offic. deleg.* distinguit, hæc est differentia, quod receptor testium subdelegare possit, cum habeat iurisdictionem in recipiendis testibus, in puniendo contumaces & inciviles, ceteraque

que omnia expediendi, quæ ad examen pertinent, *l. 14. inf. C. de testib.* examinatore vero subdelegare nequit, cum nullam plane jurisdictionem habeat, sed nudum saltem ministerium examinandi testes, postquam citati & juramentum præstiterunt, per text. notab. in *d. c. fin. §. fin. de offic. deleg.*

§. XIII. Sed hæc, quæ circa materiam de & subdelegationis hætenus monuimus, de civilibus saltem intelligenda, nec ad criminalia indistincte extendenda veniunt, cum ubi majus est periculum, ibi major etiam debet adesse sollicitudo, & judex, si unquam, hic sane judicii ac mine omnia ponderare debet, cum alias conscientia ejus maximopere gravaretur, causa enim circa vitam, aut aliud damnum irreparabile versatur. Totum ibi momentum in debita, & legitima examinatione testium consistit, ex testium enim dictis desumitur probatio, & e probatione postea sententia fertur, unde non male a Zieriz. *ad C. C. C. art. 72.* examinatio dicitur anima processus, & admodum periti esse debent, qui testes debito modo examinant. Tunc enim quid testium prober

auditus, visus, persona, scientia, causa, fama, locus, tempus ac certum, credulitasque, dum testes recipit, judex hæc cuncta notabit.

De jure civili plane non permittitur, ut hoc casu examen testium delegetur, sed testes ab ipso judice examinari debere jubetur, vid. notabilis auth. apud eloquentiss. *C. de fid. instrum. jung. l. 3. ff. de testib. nov. 90. c. 5. inf.* id quod etiam factetur imp. in *constit. crim. art. 72.* ubi: *wiewoll dann auch sonst nach gemeinen Rechten in peinlichen Sachen ausserhalb derselben Gerichts-Personen nicht Rundschaft, Verhörer und commissarien gegeben werden sollen.* Ipse quippe judex melius ac securius ex sermone & vultu, qui teste *Cic. l. 3. de orat. imago animi est*, deprehendere potest, quid quantumve testibus eorumque depositionibus credendum, unde etiam in *C. C. C. artic. 71.* idem ab imperatore præcipitur, verbis: *so soll der Richter, usque ad fin. vid. Dn. Præses in eand. Adeo-*

De jure civili delegatio plane illicita.

que testes, si jus civile inspiciamus, in criminalibus in casu factæ delegationis sine contumaciæ nota testimonii dictationem recusare possunt, vid. Farinac. tit. 8. quest. 77. cap. 2. ubi plusquam 600. DD. citat autoritates.

De praxi interdum permittitur;

§. XIV. Et hæc de jure civili; de praxi vero & jure Germaniæ variæ adferuntur limitationes, quæ potestatem delegandi judici ordinario etiam in criminalibus interdum concedunt, quarum non est postrema, quam imp. *adl. art. 72. const. crim.* recenset: diweill aber an verständigen Rundschaft. Berhörern viel gelegen ist, damit aus Unverstand dieser Rundschaft. Berhörer keine Verführung geschehe, so ordnen und wollen Wir, wenn ein peinlich Gericht, wie dann im Reich an vielen Orthen befunden, mit solchen obbemeldeten dazu verständigen Versohnen nicht besetzt wäre, daß disfalls die obgedachten verzeichneten Weißungs-articul durch den Richter und Schöppen, der vor gemeldeten nächsten Obrigkeit zugeschickt, und darbey Gelegenheit und gestalt der Sachen, so viel sie der Bericht empfangen, angezeigt werde, darauff dann dieselbe Obrigkeit verständige Rundschaft. Berhörer, ungeachtet ob sie nicht des Gerichts wären, auff ansuchung des, der Rundschaft führen will, verordnen, &c. Equidem hicce justitiæ defectus hodie in Germania per Dei gratiam in melius mutatus est & hinc prædictam imperatoris constitutionem non amplius praticari confido; interim tamen dantur adhuc alii casus, ubi delegationem commissariorum ad examinandos testes discerni posse, nemo facile dubitabit. Quo pertinet (1) si causa criminalis levioris momenti sit, ut agitur de pœna pecuniaria exiguæ quantitatis, ibi enim periculum adeo grave non occurrit, Farinac. *qu. 78. c. 2. n. 91.* (2) si testes sub alterius sunt jurisdictione, tunc etiam in causis criminalibus examen alteri committi posse fundatum in *l. 18. pr. C. de fid. instrum.* Bald. in *auth. apud eloq. C. eod. n. 1. & 2.* (3) si testes in magna dignitate constituti, idem obtinet, vid. Jac. de Arena in *auth. apud eloq. C. d. fid. instrum.* per textum *auth. sed judex. C. d. episc. & cler.* (4) in defensionibus rei, si reus, v. g. pro-

probare vult, quod tempore commissi delicti in eo loco non fuerit, vid. Farinac. *qu. 77. c. 2. n. 101.* Plures limitationes hic adducere supersedeo, videri tamen possunt eæ apud Farinac. *loc. adl.* & DD. qui ibidem magna serie recensentur. Imo hodie unanimiter DD. concludunt, generali Germaniæ consuetudine receptum esse, ut iudex, si velit, examen testium aliis committere possit, propter utilitatem publicam, ne delicta impunita maneant, Gail. *l. 1. de pac. publ. c. 9. n. 9. seq.* Hunn. *in encyclop. jur. p. 2. tit. 19. cap. 5. n. 6.* adeo, ut testes non sine contumaciæ nota ejusmodi commissarios & delegatos iudices recusare possint. De praxi cameræ conf. Myns. *cent. 3. obs. 40.* Gail. *l. 1. obs. 96.* Fabric. *in eund. add. Græu. conclus. pr. concl. 96. consid. 1.* ubi ita receptum esse propter supra §. XII. adductas rationes testantur, idque etiam in gravissimis criminibus, dum ex. g. in crimine fractæ publicæ id ita practicum testatur Mynsing. *adl. 1.* Non tamen inficiamur, perperam id fieri omnino, quapropter concludimus, si de observantia non constet, juri civili melius inhareri, præprimis cum consuetudo & observantia tantum habeat de potentia, quantum probetur de usu, Bald. *in l. ult. n. 9. C. commun. utr. jud. conf. Dn. Præs. Einl. 3um civil Proc. c. 15. §. 28 & 29.* Demum ut testes se sistant coram ipso iudice in causis præsertim altioris momenti, eo magis necessarium facit confrontatio cum inquisito facienda, vid. Mart. *ad O. P. S. 1. 28. §. 1. n. 21.*

CAP. III.

De Contumacia Testium Respectu citationis, infinnationis, comparitionis & ipsius de- mum examinis.

CONTENTA HUIUS CAPITIS.

Transitio ad hoc caput, §. I. citatio testium necessaria, §. II. ut & citationis infinnatio, quæ ex adferro nuncii probatur, §. III. quid

si nuncius refert, testem citatum dixisse se nolle venire, an statim contumacia pœna locum habet? negatur, §. IV. inde testis, antequam prima vice citatus contumax audit, prius audiendus, §. V. quid si commissoriale citationis testium a commissariis non adjectum, an comparere nihilominus teneantur, §. VI. antequam testis comparere teneatur, sumtus ipsi erogandi veniunt, §. VII. de sumtuum æstimatione, §. IIX. an testis sub prætextu lucri domestici testimonium declinare possit? §. IX. tandem sequitur comparitio, §. X. ubi a iudice adtendi debet (1) tempus, §. XI. (2) persona testis citati, §. XII. juramenti præstatio, ubi variae intuitu testium occurrunt controversiæ, §. XIII. juramenti demonstratur necessitas, §. XIV. formula jurandi adducitur, juramentum remitti non potest, §. XV. unde nec clerici exempti, §. XVI. an clerici sub formula bey ihrem priesterlichen Gewissen admittendi? §. XVII. quid sentiendum de formula: an Endes Statt? §. XIX. quid si quis juramentum peccatum esse existimat? §. XIX. quid sentiendum de formula: bey Fürstl. Gräffl. Adelichen Ehre und Treue? hæc non admittenda, §. XX nisi contrarium receptum §. XXI. testis porro contumax audit, si in scriptis non vero viva voce testari vult, §. XXII. quid vero, si testes se secreta revelare nolle jurarunt? resp. nihilominus obligantur, §. XXIII. in instantia adpellationis, quæ hæcenus dicta itidem obtinent, §. XXIV. subnectitur tandem quæstio de testimonio iudicis, an illud juramento confirmandum, §. XXV.

§. I.

Transitio.

Postquam itaque in præcedenti capite, quid circa iudicem considerandum & quatenus testes contumaciæ pœnam eo casu, quando ad iudicem referuntur, incurrant, recensuimus: sequitur, ut secundum ordinem judicarium quid circa citationem, insinuationem, comparitionem & ipsum denique examen occurrat, & quomodo ibi refractarii contumaces audiant, explicemus. Et quidem primo de citatione.

Citatio testium est necessaria.

§. II. De hac sequentem ex communi DD. sententia regulam præmittimus: testis ad testimonium dicendum legi-

legitime est citandus, quod si vero non citatus deponit, non valet ejus depositio, per text. in *l. si quando. C. de test. & c. in nomine Domini. X. eod.* & exinde inferimus, testem contumaciæ poenam non incurrere, nisi de legitima a iudice competente facta citatione constet. Est enim citatio principium & fundamentum totius iudicii, §. f. *J. d. pæn. tem. litig. c. quoniam. n. X. d. probat.* qua deficiente totus actus redditur nullus, *clém. pastoralis de re jud. l. de unoquoque. f. eod. l. nam ita Divus ff. d. adopt. add. Gail. l. 1. obs. 48. n. 1.* Hinc in quo libet actu citatio requiritur, etiam in notariis & coram ipso imperatore, Philipp. Port. *commun. opin. l. 1. concl. 43.* ubi illam regulam, quod omnis actus iudiciarius citationem requirat, latissime demonstrat. Debet autem esse legitima, i. e. omnia citationis requisita continere, ne actus reddatur frustratorius, alias enim in contumaciam procedi nequit. Adeoque fieri debet ab ipso iudice, licet enim jure civili etiam a parte factæ citationes permixtæ, *l. 12. C. de test.* hodierno jure tamen, ubi privata in jus vocatio obsolevit, merito fit citatio a iudice, qui (1) nomen suum præmittit, ubi etiam nomen officii, v. g. *die Berg-Gerichte zu N.* sufficit, (2) nomen citandi, (3) nomen citationem impetrantis, sive probaturus sit, sive reprobaturus, (4) continere debet citatio causam & actum, ad quem quis citatur, ut sc. veniat atque ad articulos, vel interrogatoria exhibita in hac, vel illa causa, mediante juramento deponat, denique (5) terminus adjiciendus, qui citationi nominatim inferendus, ille videlicet, ad quem partes ad producendum ex parte producentis, & ad videndum jurare testes ex parte adversarii, citati, vid. Dn. Promotor. *Einleit. zum civil. Proc. c. 10. Gail. l. 1. obs. 48. usque 53. Brunnem. proc. civ. cap. 3.* Hisce ergo neglectis, cum totum negotium a citatione dependeat, prout dictum, contumaciæ poena nunquam infligi potest. Ideoque in praxi diligenter ab advocatis animadverti solet, an citatio vitio quodam laboret, ut citatum ad comparandum non obliget, invalida quippe citatio nullum

producit effectum, nec aliquem in mora constituit, adeo, ut si tali citatione præcedente nihilominus procedatur, sententia, siue proclama nullius sit momenti, *gloss. in c. de causis verb. venire de offic. deleg. Matth. ab Afflictis decis. 369. n. 16.* paria enim sunt, non fieri, & non legitime fieri, *l. 6 ff. qui satisd. cog. l. 1 § 6. ff. quod cuj. uniu. nom. & ibi gl. in verb. inhabitis.*

*Ut & citatio-
nis insinua-
tio.*

§. III. Quia vero citatio, etsi nullo vitio laboret, nullius est effectus, nisi ad notitiam citati pervenerit, inde luce meridiana clarius patet, insinuationem citationis itidem, & quidem legitimam, necessariam esse, dum alias ad contumaciæ poenam iudex progredi nequit, nisi demonstretur, quod citatio more consueto facta sit, Dn. Præs. Einl. zum civil-Proc. cap. XI. §. 10. quomodo autem insinuatio fieri debeat de jure communi, de eo vid. *l. 2. C. quom. & quand. jud. l. 13. §. 21. ff. de excus. tut. l. 1. ff. de agn. lib.* de praxi moderna modus insinuandi certis regulis circumscribi nequit, sed a consuetudine & observantia cujuscunque judicii dependet. In camera fieri solet per nuncium cameræ, durch den geschwornen Cammer-Gerichts-Bothen, idque ordinarie, quia vero ex nimia locorum distantia praxis illa ad effectum sæpius deduci nequit, per Notarium in camera immatriculatum, aut si nec hoc fieri potest, per alium quemlibet Notarium, Dn. Præs. Einl. zum civil-Proc. cap. X. §. 18. In aliis judiciis aliter, scilicet vel per nuncium judicii, Canzley-Oleener, Gerichts-Frohnen, &c. qui deinceps sub schedula citationis testatur, se huic, vel illi, citationem insinuasse, vel per Notarium, aut alterum quendam, sine sexus distinctione, Dn. Præs. Einl. adl. l. §. 19 & 20. In Saxonia itidem fit per nuncium, qui postea per documentum insinuationis, siue recepisse, prout de praxi adpellari consuevit, & quod ab ipso citato confici debet, illud testatur. Hacce igitur (quocunque modo fiat) deficiente insinuatione, contumacia emanentis cum effectum accusari nequit, Dn. Boenigk. *pract. practic. cap. 7. in notab. n. 6.* inde in casu accusatæ, sed non satis probatæ contumaciæ desuper ferri solet sententia interlocuto-

curatoria, probationem insinuationis injungens, D. Boenigk. *adl. l. n. 7.* qua demum plene probata ad poenam contumaciae a iudice procedi potest.

§ IV. Dum autem veritas insinuationis ex adserto *Quid si nunc-* nuncii demonstratur, quaestio exinde oritur, si nuncius re- *cuius refert,* fert, se citasse quidem, citatum vero testem respondisse, se *testem cita-* nolle venire, nec comparere, illum lacerasse schedulam ci- *tum dixisse,* tationis, aut aliud quid commisisse, quod in praedictum, *se nolle veni-* aut despectum iudicii vergere possit, an hoc casu fides nun- *re, an statim* cio habenda, & an statim ad poenam contumaciae procedi *ad poenam* possit? in qua quaestione variant DD. sententiae. Sunt, qui *contumacie* adfirmativam tuentur, sunt etiam, qui negativam defendunt. *procedi po-* Qui nuncio credendum esse adfirmant, hac ratione utuntur, *test?* quia antecedente concessio consequens quoque concessum videtur, arg. *cap. praeterea de offic. de legat. & l. 2. ff. jurisd. omn. jud.* commissio igitur citationis officio (utpote antecedente) cuius ratione nuncio creditur, videtur etiam concessum illud, quod venit in consequentiam citationis, sc. attestatum de responsione citati, Bartol. in *l. tres denunc. 9. C. quom. & quand. jud.* Et in hac sententia haerent Franc. Panorm. & DD. in *capit. cum parati coll. 6. vers. ultimo quaerit Boer. dec. 277. Tiraq. de retr. lig. §. 6 & 8. n. 17. & alii.* Hisce vero non obstantibus contrariam sententiam defendunt Bald. de *adpell. n. 4. Jason. in l. 13. §. 8. ff. de judic. Bertrand. consil. 164. vol. 3.* hac nixi ratione, quia extra iudicium facta confessio, sive responsio de non comparendo, veram non arguit contumaciam, prout in terminis habet *gl. in c. venerabilem. §. secus de sentent. excommun. in 6.* Et hanc sententiam sanio-rem existimo, quam & magis communem adserit Gabr. Rom. *l. 2. ad rubr. de citation. concl. 4. n. 3. in f.* Nec movet ratio a dissentientibus in contrarium adducta, illa quippe tum demum procedit, si consequentis & antecedentis par ratio, secus autem si consequens est majus, tunc enim non videtur concessum illi, cui permissam saltem est antecedens, quod minus, ut notabiliter dicit Bartol. in *l. 2. ff. d. jurisd.*

jurisd. omn. jud. præcipue quia res magni momenti est, dum per ejusmodi inobedientiam principis autoritas læditur, quæ in contumacia adeo præfracta vindictam atrociorē meretur, quæ tamen simul in maximum citati præjudiciū vergeret, si soli nuncio crederetur, vid. *cod. Fabrian. lib. 4. tit. 15. def. 28.* ubi ita etiam praxi Sabaudia obtinere adseritur, quamvis in Gallia & Delphinatu contrarium statutum sit. Concludimus jam ex mitiori sententia, judicem testem ipsum desuper audire, & antequam contumaciæ poenam dictet, inquirere debere, annon testis fonticam, quare ad testimonium dicendum comparere non voluerit, causam, vulgo *Ehehafften*, habuerit, conf. *Da. Præs. Einl. adl. l. cap. X. §. ult.* Eadem decisio est, si adparitor, sive nuncius adserit, se a testis citato verberatum, aut alia injuria adfectum fuisse, *es habe sich der citirte Zeuge an ihm vergriffen, oder unbescheidener Reden gebraucht und verlauten lassen.* vid. *Guid. Papa dec. 628. Paul. de Castro vol. consil. 165. n. 3.*

*Inde testis
antequam ob
primam ci-
tationem
contumax
audit, prius
audiendus.*

§. V. Ex eodem principio, quod judex, in quantum fieri potest, mitiorem semper viam eligere debeat, porro fuit decisio quæstionis: *an judex statim, si testis ad primam citationem non compareret, ei poenam dicere possit?* quam negative decidendam censemus & testis prius audiendus, an rationes adlegare possit, quæ fonticæ sint, & ipsum a poena liberare queant, cum quilibet præsumtionem bonitatis pro se habeat, donec contrarium demonstretur. Si vero ejusmodi rationes adlegare nequit, tunc, cum in incrementum justitiæ vergat, quascunque litium præcidere ambages, contumacibus prima statim vice poena merito dictatur. Id quod etiam a Carolo M. *l. 3. capit. 45.* æquum judicatum fuit, dum sub titulo *de manitione secundum legem ad mallum* ita constituit: *si quis ad mallum (judicium) legibus manitus (i. e. citatus) fuerit, & non venerit, si eum sunnis, saurnis, (legitimum impedimentum, ehehafften,) non detinuerit, 15. solidis culpabilis dijudicatur,* vid. *Meinders de judic. centen. cap. 4. §. 57.* Quamvis enim sint, qui commissarium moneant,

ant, ne primæ statim citationi pœnam inferant, nisi terminus probationis valde brevis, constitutionem tamen ob modo dictam rationem utilissimam censemus, ut quo lites abbrevientur, primæ citationi pœna statim adjiciatur, prout etiam optime sancitum in *ord. Pomer. tit. 55. §. 5.* geben Wir ihnen hiermit Macht, daß sie allezeit das gegenheil und die Zeugen nach größe der Sachen bey Pœnen 10, 20, 30. fl. für sich bescheiden, und da sie ungehorsamlich aussenbleiben, sie zum andern mahl bey zwiefacher Straffe citiren und uns ihren Ungehorsam vermelden, daß Wir durch unsern fiscal die bedraute und verwirckete Straffe von ihnen einzufordern haben. *Brunnem. proc. civ. cap. 20. n. 45.* Respectu ipsius partis tamen pœnali citatione opus esse non puto, cum satis pœnæ sit, quod parte emanente testes in contumaciam examinentur, *auth. sed si quis ab aliq. C. d. test.* *Brunnem. proc. civ. c. 20. n. 45.* Ceterum, quod materiam de pœnatestium contumacium adtinet, ordinationes processuales cujuscunque provinciae probe adtendi debent, cum alicubi, quod secunda vice emanentes in pœnam demum incidant, expresse constitutum reperitur, prout hoc in *ord. proc. Magd. cap. 30. §. 15.* cautum: sollen Cankler und Râthe, oder deren commissarius &c. hie mit befehlicht seyn, 2c. die Zeugen erslich ohne *comminationem*, wann sie sich darauff aber nicht stellen, zum andernmahl bey 10, 20, 30. Gulden für sich bescheiden, id quod etiam in electoratu Brunswicensi ita obtinere patet, *conf. Churfl. Braunschw. Ober- adpellat. Ord. tit. 8. §. 30.* ubi modus compellendi testem contumacem præscribitur, verb. sollen die commissarii ihn zum andernmahl bey 10. Goldgl. oder nach Beschaffenheit der Persohnen bey 10. Rthl. Straffe citiren, 2c. Ubicunque vero istiusmodi limitata constitutio non occurrit, judex primæ statim citationi pœnam juste adjicere potest, prout supra dictum.

§. VI. Cum autem contumaciæ illa sit natura, ut homi- *Si commissio-*
nas quocunque modo obedientiam sub specioso nullitatis *riale citatio-*
titulo declinare intendant, *Oldend. tr. d. test. n. 7.* hinc te- *ni testium*
stes etiam ex hoc capite se excusare solent, quod a com- *non adje-*
missa- *sum, an*

*comparere
nihilominus
teneantur.*

missariis citati quidem fuerint, hi tamen originale commissorialis citationi non adjecerint. Putant ergo, se ad comparandum non fuisse obligatos, quod non præsumatur pro jurisdictione delegata, cum sit facti, & hinc probatione indigeat. Sed calua est ejusmodi excusatio, & verior manet eorum sententia, qui statuunt, sufficere tenorem commissorialis citationi insertum esse, per text. in c. 2. de dilat. & ibi DD. item DD. in l. 2. ff. si quis in jus voc. non juer. satis enim est, ut testis, postquam comparuit, licentiam habeat urgendi ipsius originalis exhibitionem, ut sic plena fides ipsi fiat de jurisdictione delegati, priusquam respondeat, & hoc est, quod Archidiaconus scribit in c. si episcop. 3. q. 2. transmissionem copiae sufficere ad comparandum, non vero ad respondendum, conf. Ant. Faber in cod. l. 4. t. 14. d. 7. n. 6. Ita etiam in camera obtinere & pronunciatum esse in causa Sabinen Welferin contra Leonhard Hirschvogel, testatur Mynsing. cent. 3. obs. 1. Non tamen eorum sententiam probare possum, qui statuunt, quod delegatus ne quidem inferere citationi testium tenorem delegationis teneatur, & quod sufficiat, in citatione adserere, se delegatum esse, & post comparitionem demum ostendere rescriptum commissoriale, veluti existimat Felin. in c. 1. d. libell. obl. ubi & hanc sententiam communem dicit, quem sequuntur Ruland. d. commissar. p. 2 c. 2. n. 6. item Brunnem. proc. civ. cap. 20. n. 44. Non enim præsumitur pro jurisdictione delegata ex ratione supra adducta, quia illa facti est, quæ nostra opinio tutior quoque omnem aufert cauillandi materiam. Interim dicta limitationem patiuntur, si testis eo loci commoratur, ubi delegatus, vel in propinquo, tunc enim Felini & ceterorum dissentientium sententia obtinere potest. Ceterum & hic praxis fori inspicienda, nam in quibusdam locis obtinet, ut testes etiam sine adjunctione copiae commissorialis simpliciter citentur, facta saltem commissionis mentione, prout hoc in Marchia ita obtinere patet ex formula, quam tradit B. Strykius in additam. ad pr. for. cap. 18. §. 3. Hoc tamen ubique ita in praxi non obtinere testatur Beier Volckmann. emend. p. 1. cap. 66. n. 9.

§. VII.

§. VII. Videamus nunc, quid respectu sumtuum, qui *Antequam* testibus erogari solent, notandum. Extra omnem vero *testis compa-* contraversiæ aleam positum est, quod iudex curare debeat, *vere tenetur,* quo testibus, si ex locis remotioribus evocantur, sumtus a *sumtus ipsi* producente suppeditentur, uti hoc evidenter patet ex *l. ii. erogandi ve-* *l. 16. C. & l. 3. l. 4. ff. de testib. l. 1. §. f. de adpellat* nemini enim *niunt.* officium, quod justitiæ utilitative publicæ præstat, damno- sum esse debet, *l. 7. ff. quemadm. testam. aper.* nemo etiam ja- cturam pro alieno commodo sentire debet, *l. 17. C. de test. nec propriis sumtibus militare cogitur, c. cum ex officio. 16. d. præ-* *script. & c. jam nunc 28. q. 1.* Erogatio itaque sumtuum fieri de- bet a producente, tam ab actore, qui articulos probatoriales, *quam a reo,* qui reprobatoriales offert & testium examen desiderat, expensas actus enim is solvere tenetur, qui actum fieri vult, *arg. l. prætor ait. 4. §. 1. ff. de edend. l. 11. §. 1. ff. ad ex-* *hib.* Antequam igitur de illis sumtibus testis certior reddi- tus, comparere non tenetur, *c. statutum §. proferend. de re-* *script. in 6* nec per consequens contumax audire potest, si emanet.

§. IIX. Quomodo vero hi sumtus æstimandi sint, una *De sumtuum* regula, ut explicemus, non sufficit, quia *deficiente expref-* *fa constitutione* omne negotium arbitrio iudicis subest. In- *æstimatione.* terim tamen hæc generaliter præmittere possumus instar regulæ: si testes peregre evocantur, ipsis viaticum neces- sarium nulla habita ratione, vel deductione sumtuum, quos alias domi fecissent, plane solvendum. Dum enim testis in eo gravatur, quod inuitus domum egredi, negotia dome- stica negligere, & testimonium ferre cogatur, merito in a- ctio relevari debet, quod sumtus sine detractioe consequatur, *Græu. concl. pr. 99. cons. 1.* nisi expresse contrarium per statuta, aut ordinationes & consuetudines provinciales re- ceptum, veluti in *ord. pr. Magd cap. 33 §. 2.* doch seynd die Un- kosten und Zehrung, so der Zeuge dieselbe Zeit in seiner Behau- sung, oder Handlung oder anderer gestalt ohnedem auffwenden und haben muß, hievon abzuführen. Deficiente vero ejusmo- di

di constitutione merito inhæremus priori sententiæ nullam detractionem concedentes, ex supra dicta ratione, quæ fundata est in *d. cap. statutum. §. pro ferendo de rescript. in 6.* ubi glossa notabilis in verb. *expensas* dicens, producentem sumtus & expensas abitionis, moræ, stationis & redditus apud judicem deponere debere, *Gail. l. 1. conf. 99. n. 2.* id quod, antequam testis contumaciæ argui potest, attendendum, & pro cautela in praxi diligenter notandum, testis enim opus non habet, ut domo exeat, & ad locum examinationis proficiscatur, antequam sumtus depositi, prout hoc late probant *Surdus de aliment. tit. 4. l. 17. n. 31. Zieriz. ad const. Carol. art. 75. Græu. concl. pr. 99. n. 5.* Quantitatem sumtuum quod attinet, jam supra diximus, multum hic tribui arbitrio judicis, interim tamen & hoc generale notandum, quod ad testium qualitatem hic a judice respici debeat, quia hoc respectu magna intuitu sumtuum differentia reperitur. Nobilibus enim ceterisque personis egregiis equi, vecturæ & famulorum sumtus suppeditandi, *Surd. adl. tr. tit. 4. c. 21. n. 7. & 10.* famulum enim tenetur alere, quicumque alimenta præstare obstrictus domino famulo digno, *Surd. c. 18. n. 10.* ubi illud in specie ad DD. extendit. Aliud in personis vilioris conditionis obtinet, si enim hujus farinae testis bene valens, qui pedester ire poterat, sumtus fecit in equum & vecturam, ipse solvere, atque ita suæ conditionis excessum in faciendis sumtibus ferre debet, *Rutg. Ruland. de commiss. p. 1. l. 3. c. 13. n. 10.* Optandum interim esset, ut in singulis judiciis certus modus sumtuum erogandorum præscriberetur & sic controversiæ, quæ ex hoc capite sæpe oriuntur, amputarentur. Hunc scopum intendit imp. Carol. V. & modo dicto defectui medelam adferre voluit in criminalibus, v. *const. crim. art. 75.* ubi etiam ad statum personarum, quæ in testimonium evocantur, respicit, verb. *wer in peynlichen Sachen Kundschaft führet, der soll einem jeglichen zeugen von gemeinen Leuthen und Fußgänger für seine Kosten einen jeden Tag, dieweil er in solcher Zeugenschaft ist, 8 Creuzer, oder so viel werths* (quod

(quod efficit 4 grossos Misnicos, cruciger quippe, ein Creu-
 her, teste Alemann. in *palæstr. consult.* 8. p. m. 577. obulos
 Misnicos efficit, Rener. Budelius de *mon. & renumm* p. 781.)
 nach eines ieden Landes Münz Gelegenheit geben. Aber mit
 andern und mehrern Persohnen soll es derhalben nach Erkänntniß
 der Kundschaft verhöret gehalten werden. Sed & hæc consti-
 tutio iudicium subest arbitrio, nec hodiernum stricte eidem
 inhærere necesse est, quia tempora mutata & pretia rerum
 fere ad duplum creverunt, Clasen. *ad d. art. n. 2. in ord. pr.*
Magd. renou. cap. 33. a sereniss. LL. quam optime sin-
 gula determinata videmus, cuius verba hic inferere libet:
 Damit zwischen dem Zeuge-führer und denen Zeugen der Unko-
 sten halber alle Irrungen vermieden bleiben, setzen und ordnen
 Wir hiermit, daß, wenn der Zeuge einer von Adel, oder sonst
 eine Persohn von condition, daß er seines Standes halber,
 Kutschen, Pferde und Diener unumgänglich halten muß, soll ihm
 der Zeugen-führer täglich 3. Rthlr. dem Zeugen aber, so derglei-
 chen nicht bedarff, und doch conditionis honoratioris ist, 30.
 ggl. dem aber, so geringes und gemeines Standes ist, täglich 12.
 ggl. zu reichen verbunden seyn. Wir behalten aber Uns und Un-
 serer Regierung bevor, bey denen Persohnen, so von condition
 sind, nach Beschaffenheit der Umstände, und wann sie zumahl
 von geringen Persohnen zu Zeugen angegeben werden, die Ver-
 fügung zu thun, daß sie mit Reisen verschonet bleiben, und in de-
 nen Häusern abgehöret werden sollen.

§. IX. Alia adhuc quæstio occurrit: an videlicet testis *Testis an sub*
 comparitionem impune denegare possit, si producens mer *prætextu de-*
 cedem, quam domi acquirere poterat, præbere recusat? *negati lucri*
 Cacheraus *decis. Pedemont. dec. 46.* quæstionem hanc adfir- *domestici te-*
 mative simpliciter decidit, & senatum Pedemontanum ita *stimonium*
 iudicasse testatur, nos vero sub distinctione respondendum *declinare*
 esse censemus. Etsi enim temporis & emolumentorum, *possit?*
 quibus quis ob absentiam carere debet, ratio plane non sit
 habenda, prout in terminis iudicantium in camera, testatur
 Rulant. de *comm. p. 1. l. 3. c. 13. n. 13.* secundum Bald. in *l. fin. C. d.*
fruct.

fruct. & lit. expens. n. 12. dum testimonium, quod in veritatis & justitiæ emolumentum fertur, gratuitum esse debet, nec lucrum exinde querendum, *c. non sane 14. q. 5.* Guid. Papa *dec. 68 n. 5.* id tamen de illis saltem testibus, qui lucrum captant, intelligendum, minime vero de mercenariis, qui de damno vitando certant, dum ex labore manuum suarum, se, uxorem, & liberos sustentant. Hic ergo æquitati conveniens esse puto, ut operarum & diurnæ mercedis ratio habeatur, ne ex officio suo damnum inique patiantur, Brunnem. *ad l. ii. ff. d. test.* Steph. Gratian. *discept. forens. l. i. c. 57. n. 6.* Guid. Papa *ad l. n. 6.* ubi ita etiam in curia Delphinali obtinere dicit, quia hujusmodi operæ diurnæ quasi in fructu sunt, adeoque merito attendendæ, *in hominis enim usufructu operæ sunt & ob operas mercedes*, prout dicitur in *l. 3. ff. de opeo. serv.* Sequitur inde, mercenarium non obligari ad testandum, nec per consequens contumacem audire, nisi ipsi merces diurna præter reliquos sumtus subministraretur.

Tandem sequitur comparitio.

§. X. Acceptis sumtibus & dicto casu etiam mercedibus, testes tandem comparere in judicio, ibique mediante responsione ad articulos, veritati, quatenus notitiam causæ litigiosæ habent, litare tenentur, *l. 4. ff. quemadm. testam. aper.* idque in præfixo a judice citante termino productionis. Si enim testis in judicio quidem comparet, sed tacet, nec testimonium perhibere vult, *l. ii. §. 4. ff. de interr. in jur. fac. glos. in auth. qui semel (quom. & quand. jud. verb. locum habet.* Rauchb. *p. 1. q. 1. n. 7.* illius non minor est contumacia, quam ejus, qui citatus plane non comparet, paria enim sunt, non venire, & non sufficienter venire, *gl. in cap. si quis justo 46. §. si autem nullus verb. admitti. d. elect. in 6.* adeoque ejusmodi contumacia haud minori pœna coerceri solet, Carpz. *p. 1. c. 10. d. 16.* conf. Exc. Dn. Böhm. *diff. de contumac. non resp. cap. 1. §. 26.*

Ubi a judice attendi debet

§. XI. Intuitu comparitionis autem judex probe examinet tempus & conditionem testis citati. Quoad prius obser-

observandum, ne comparitio injungatur ad diem feriatum, ^{(1) tempus.} alias sine contumaciæ nota testis iuste emanere potest, per l. 2. in f. ff. si quis in jus voc. l. 1. § 1. ff. de fer. & dilat. unde ne quidem citatio die dominica insinuari potest, l. ult. C. d. fer. quidquid etiam de praxi contraria statuant Gail. l. 1. obs. 53. n. 5. Græu. concl. pr. l. 1. concl. 53. cons. 1. Concedamus enim, nuncios cameræ imperialis ipso paschatos festo citationes & processus partibus insinuasse, prout id testatur Meier coll. argent. ad tit. d. fer. §. 21. praxin ejusmodi tamen cum Vultejo de jud. l. 2. c. 7. n. 340. merito improbamus, & non inquiremus, quid Romæ fiat, sed quid fieri debeat, quid quod inhærendum est juri communi, nisi necessitas suadeat contrarium & summum in mora adsit periculum, tunc enim exceptionem adesse facile concedimus, v. Gail. d. obs. 53. n. 16. sed hæc dijudicatio arbitrio judicis & ejus prudentiæ relinquenda. Multominus autem adsentire possum Groenw. de LL. abr. ad l. f. de fer. qui adhuc magis liberalis & ob dictum Davidis psalm. 106. beati, qui faciunt justitiam omni tempore, statuit, quod & die dominica testes examinare & de jurgiorum causis, si ita fert occasio, cognoscere judicibus religioni esse non debeat. Subjicit adhuc aliam rationem, quia scil. judices pagani ibidem die dominica pro tribunali sedere consueverant, quas rationes satis ridiculas examinare hic supersedemus, praxin illam nude rejicientes. Non enim video, quale hic in mora periculum, & quomodo justitia deliquium sentiret, si sequenti die examen instituatur. Exceptio tamen est, si testis morti vicinus, sic enim necessitas, quæ regulam non patitur, examen justum reddit, licet die dominica factum, Umm. de proc. d. 7. n. 101. Cum vero ex jure canonico in foris nostris receptum, quod citatus, si comparitio incidat in diem feriatum, sequenti die nihilominus comparere teneatur, & hinc in judiciis alicubi clausula usitata sit, und ob derselbe kein Gerichts-Tag seyn würde, den nächsten Gerichts-Tag darauff zu erscheinen, quæritur: quomodo hæc clausula intelligenda? ubi cum B. Dn. Strykio ^{in. us. mod.}

mod. ff. ad tit. de fer. §. 9. respondendum puto, praxin illam tum demum effectum sortiri, si citatio non expresse ad diem feriatum facta, sed terminus certorum dierum a tempore in-
sinuationis computandorum eidem insertus, veluti hoc in citationibus cameræ plerumque fit, alias enim citatio pro nulla haberetur, *Meu. p. 1. dec. 276.*

(2) *persona
testis citati*

§. XII. Hæc de tempore. Porro etiam iudex, qui contumaciæ arguere vult testem, probe attendat personam & conditionem citati, idque præcipue intuitu religionis, tam ipsorum christianorum & trium in pace Westphalica receptarum religionum, (quæ multos ab invicem separatos dies feriatos celebrant,) quam etiam judæorum, cum illis, quorum religio & cultus divinus in provincia quadam toleratur, etiam jura religioni connexa concessa sint. Unde patet, quod si judæus testis ad perhibendum testimonium die sabbathi citatur, pro contumace haberi nequeat, si non comparet, id quod ipsis etiam expresse ab imperatore in *l. die sabbathi. 13. C. d. iudæis.* concessum, ubi impp. Honorius & Theodosius ita rescribunt: *die sabbathi ac reliquis, sub tempore, quo judæi cultus sui reuerentiam servant, neminem aut facere aliquid, aut ulla ex parte conveniri debere præcipimus, &c.* Quamvis vero negare haud possumus, praxin & hic non adeo stricte *ad l. l.* inhærere, cum nec ipsi judæi judicia christianorum adeo declinare soleant, (contra expressa verba sive sensum potius dicti rescripti, ubi reciproce & illis licentia adimitur, christianos orthodoxos eo die convenire,) præsertim cum sint actores, ex opinione, quod verbis sabbathi non violent religionem, modo opera manuarum defint, sicut videri possit, ex jure talionis ipsos itidem cogi posse, ut in judicio iudice exigente tanquam testes compareant; hisce tamen non obstantibus nihilominus adserendum puto, illos die sabbathi invitos in iudicium trahendos haud esse, ex ratione, quam pie subjicit B. Dn. Stryk. *us. mod. ff. tit. de fer. §. 11.* quod nemo christianorum illa die judæis denegare possit illam quietem, quam
fum;

summus rerum conditor ipsorum quieti destinavit, conf. *græc. constit. in l. 2. C. de jud.* sed iuste itidem & legaliter reciproce observet iudex, ut & iudæum die sabbathi christia- num convenire volentem a iudicii limine repellat, ut & iudæi discant, se, quod in illorum commodum sancitum, in detrimentum & præjudicium alterius trahere non posse.

§. XIII. Hisce ita observatis, testis rite citatus coram iudice comparet, & ad iuramentum testium adstringitur, quod secundum in foris litium præbet materiam, & si unquam, hic sane intuitu contumaciæ diversæ occurrunt quæstiones, cum alii ex personæ qualitate, alii ex specioso & in- tempestivo religionis prætextu iuramentum & inde testi- monium declinare studeant, de quibus in genere regulam il- lam Grotii ad *Matth. 13. v. 48.* præmittimus: *scelera manent scelera, quocunque demum nomine commendantur, imo eo sunt execrabiliora, quo magis speciosum titulum induunt.*

*Sequitur ju-
ramenti præ-
statio, ubi
varia intuitu
testium oc-
currunt con-
troversia.*

§. XIV. Quin iuramentum, quo nullum vinculum ad adstringendam fidem & corroborandam veritatem teste Ci- cerone *l. 3. de offic.* majores arctius esse voluerunt, (germ. *der Zeugen-Eyd,*) ex necessitate sit præstandum, non est, quod du- bitemus, cum tota depositionis substantia in iuramento con- sistat, *Gail. l. 1. obs. 101.* adeo, ut sine illius præstatione nemi- ni testi quantumcunque religioso fides adhibeatur in præju- dicium alterius, *c. nuper. de test.* Crescente enim hominum malitia factum est, ut simplici adsertioni, vel negationi, non amplius credatur, *c. 26. X. de jurej.* sic ut iuramentum nervus totius reipubl. a *Lycurgo contra Leocratem*, dicatur, & omnes fere apud gentes obtineat, & nec germani, fide ger- mana semet amplius tueri possint. Quamvis enim olim Frisiorum legati gloriari potuerint: *nullos mortalium armis & fide ante germanos esse*, *Tac. annal. l. 14. c. 54.* quamvis etiam Maximinus imp. adserente Herodian. in *Maxim.* po- tissimum fidei germanorum confideret propter summam fidelitatem; proh dolor! tamen in illa sinceritate non sem- per subsisterunt germani, sed pedetentim etiam antiqua il- la

*Ejus necessi-
tas.*

la fides deficere coepit, sic ut postea itidem juramenta ut in ceteris, sic in testimoniis etiam obtineri coeperint, & quidem ab initio eo solum casu, quando testes non erant fide digni, confer. LL. Longob. l. 2. tit. 28. quas congeffit Lindenbrog. in cod. LL. antiq. postea vero indistincte testes juramento constricti, prout jam constat ex capitul. Caroli M. & Ludou. pii l. 7. c. 207. ubi ita: *testes priusquam de causa interrogentur, sacramento constringi debent, ut jurent, se nihil falsi esse dicturos.* Hoc etiam jubemus, ut honestioribus magis, quam vilioribus testibus fides admittatur. (adhibeatur.) Unius autem testimonium, quamlibet splendida & idonea videatur esse persona, nullatenus audiendum, quæ constitutio sine dubio ex l. 9. C. d. test. desumpta, prout ex collatione facile patet, ut & illa, quæ habetur in LL. Visigoth. l. 2. tit. 4. l. 2. *judex causa finita & sacramento secundum leges, sicut ipse ordinaverit, a testibus dato judicium emittat, quia testes sine sacramento testimonium perhibere non possunt.* Postea jure romano & canonico in foris nostris recepto necessitas jurandi adhuc magis firmata, quæ jura in hoc unanimiter consentiunt, ut testium depositio nullius sit momenti, nisi juramento confirmata fuerit, l. 9. l. 16. C. de test. c. 51. c. quoniam. 5. c. licet universis. 23. X. eod. Et hanc necessitatem in tantum extendunt DD. ut ex mente eorum nec ipse summus pontifex circa eam dispensare possit, prout ex Felin. in c. constitutis. de rescript. in 6. refert Gail. l. 1. obs. 101. n. 12. Nec ergo remitti potest juramentum, nisi ab ipsis partibus, c. tuis quæstion. 39. X. de test. l. pen. C. d. pact. l. 41. ff. de minor. Carpz. p. 1. d. 77. n. 21. p. 3. d. 234 n. 18. imo interdum nec hæ remittere valent, & si remiserint, judex nihilominus ex officio testi juramentum deferre potest, si ita videtur, v. g. si agitur de præjudicio publico, sive animarum, ut in causa matrimoniali ubi remisso a partibus juramento judex illud nihilominus injungere debet, quod tanquam notatu dignum commendat Gail. d. obs. 101. n. 5. Ceterum quod praxin modernam attrinet, conf. ord. pr. jud. Saxon. tit. 20. §. Wenns nun hierauff. Magd. Proc. Ordn. cap. 30. §. 10. Carpz. p. 1. c. 16. d. 31. §. XV.

§. XV. Quanam vero sub formula juramentum illud *Quanam ju-*
 præstandum, cum & hic testes difficiles & tergiversantes es- *randi forma*
 se soleant, breviter videndum. Olim varia conceptis ver-
 bis jurandi erat forma. In veteri lege jurabatur: *vivit ani-*
ma mea, Jason in l. 3. §. *jurari ff. de jurej. n. 2.* item: *hoc mihi*
addat dominus, c. & *jurabunt. 22. q. 1. per salutem & genera-*
tionem principis. 2. Reg. 11. v. 11. Bart. in l. 2. C. de reb. cred. per
 caput suum & filiorum suorum. l. 3. in f. l. 4. ff. de jurej. per san-
 ctos & creaturas, quod tamen est species idololatriæ, c. con-
 siderat. caus. 22. q. 1. Apud pontificos jurandi forma per san-
 ctos, *sancta sanctorum.* Præterea jurabatur, *deus mihi testis,*
1. Reg. 12. id quod apud Romanosve, aliosque gentiles itidem
 obtinuisse patet, unde Virgil. l. 12. *Aeneid.*

esto nunc sol testis, & hæc mihi terra precanti,
& pater omnipotens, & tu Saturnia Iuno:
audiat hæc genitor, qui fœdera fulmine sancit,
tango aras mediosque ignes & numina testor.

Hodie ubique in judiciis recepta formula: *ita me Deus ju-*
vet: So wahr mir Gott helffe und sein heiliges Wort, & qui-
 dem merito, quia omne juramentum huic soli tamquam ve-
 ro & unico *καρδιογνώστη*, sive cordium scrutatori, invocatio de-
 betur, Anchoran. consil. 192. n. 1. In c. 5. X. de testibus hæc
 formula habetur: *se non privato odio atque amicitia, neque*
pro alio commodo, quod habuerint, vel quod habent, vel habitu-
ri sint, ad hoc iusjurandum inductos, & sicut ipsi dicunt, rei ve-
ritatem accepisse a majoribus suis & credere, ita esse; sed ea in
 judiciis hodie ita non observatur, unde aliam adferre liceat
ex ord. pr. Magd. cap. 30. §. 10. juxta quam testes ita jurare te-
 nentur: Ich N. N. schwere, daß ich in irrigen Sachen N. N.
 und N. N. betreffend, darinnen ich zum Zeugen angegeben, die
 rechte reine Wahrheit, worauff ich befragt werde, und was mir
 bewusst ist, aussagen, bekennen, und nicht verschweigen will, weder
 um Freundschaft, Feindschaft, Geschenk oder Gaben willen, o-
 der wie es Nahmen haben mag, so wahr mir Gott helffe und
 sein heiliges Wort. Qui alias adhuc desiderat formulas, ad-
 ire

*Non potest
remitti, nisi
a partibus.*

ire potest, Beier. *Volckm. emend. p. 1. c. 80.* ubi varias adhuc refert in Saxonia usitatas, quæ tamen ab adducta parum discrepant. Et hæc juramenti formula, prout in quocunque judicio, seu foro recepta, nonnisi consentientibus partibus mutari, aut remitti potest, vid. *adl. ord. pr. Magd. d. c. 30. §. 10.* Wann nun die Zeugen vorgestellet, sollen sie in gegenwart des andern Theils, ja auch ohne dessen Beyseyn, im Fall des ungehorsamen aussenbleibens, den Eyd schweren, und keiner desselben erlassen werden, es wäre denn, daß beyde Partheyen denen Zeugen den Eyd aus gutem freyen Willen nachgelassen, und ihrer Bestheurung auff ihre Gewissen trauen wolten, *add. ord. proc. jud. Sax. adl. tit. 20. §.* Wenn es nun, &c. hinc quoque, quamvis testis aliam quandam sanctæ contestationis formulam substituere velit, & eandem juramento æquipollere existimet, in judiciis tamen non audiendus partibus inuitis. Sed viceversa etiam nec parti licet formulam mutare, multominus execrationes & imprecationes addere, veluti: ob bey seiner Seelen Seligkeit, ob so gewiß, als er das höllische Feuer vermeiden wolte, ob dafern ihn nicht der Teufel so fort holen solle, Zeuge also wahr sagen könne, ob da er also sagte, er nicht Gottes Fluch, die Hölle, zeitlich und ewig Verderben, verdienen würde, &c. Ejusmodi enim diræ & execrationes partim ob impietatem, partim quia superflue, merito rejiciendæ, testis enim, qui verum jurisjurandi effectum cognoscit, omnia illa jam sub solita jurandi formula comprehensa esse persuasus est. Commissionibus etiam semper clausula inseritur: In gewöhnliche Endes-Pflichte nehmet, ergo quod in illis insolitum, iudex non admittit, arg. *l. qui per salutem. 33. ff. d. jurejur.* Ruland. *de commissar. p. 2. l. 2. c. 11. n. 38. seqq.* plura vide apud Mev. *p. 4. dec. 270.* Carpz. *p. 1. c. 16. d. 31.* Brunnem. *proc. civ. cap. 20. n. 56.*

*A præstatio-
ne juramenti
nec clerici
exempti.*

§. XVI. Ex dictis jam patet, quod nec ipsi clerici a contumaciæ poena liberentur, si ut testes producti juramentum præstare detrectant. Ea enim, quæ nonnulli ex intemptiva religione in favorem clericorum adducunt, nullo jure, aut ratione nituntur. Nulla enim juris autoritate exemptionem

tionem clericorum a præstatione juramenti docere possunt, militat potius contra eos tum generaliter legum, supra adductarum, ratio, tum apertus textus *c. si. X. de test.* ubi clavis verbis pontifex disponit: *quod nullius testimonio, quantumcunque religiosus existat, nisi jurato deposuerit, in alterius præjudicium credi debet.* Et præterea experientia testatur, clericos adfectibus sæpe non minus regi, quam laicos, adeoque periculum subesse, si illis juramenta remitterentur, ut loquitur Hahn. *ad Wesemb. tit. de test. n. 5.* utut enim dignitas ipsorum eximia sit, & eminentia, aut gravitas officii præsumptionem inducere possit, illis etiam non juratis fidem adhibendam esse, minime tamen illud necessitatem inducit, cum boni pastores a malis semper discerni non possint. Accedit, quod non habeant, quod conscientiam eorum oneret, dum non nisi veritas ejusque sancta adsertio ab ipsis poscitur, iique non minus, ac alii, ad eam dicendam confirmandamque obligati sunt. Imo refragatio clericorum ipsorum conscientiae & officio non convenit, partim quia juramentum est species cultus divini, Frantzk. *ad tit. de jurej. n. 15.* & confirmatio veritatis, *c. etsi christus. 26. X. de jurej.* partim, quod dubiam faciat tum ipsorum sine probabili causa denegantium, tum aliorum fidem, contemnunt enim judicem, juramenta inter peccata referunt, veritati defunt, charitatem proximo debitam in necessitate non observant, ut egregie dicit Mev. *p. 4. dec. 256.* Nec juvat alterum argumentum, quo semet excusare student, adlegantes *auth. sed judex C. de episc. & cler.* ubi hæc verba reperiuntur: *non tamen jurent.* respondemus enim cum Sersero *de juram. l. 1. c. 9. n. 26. & 27.* authenticam hancce minime esse authenticam. Notum enim, quod pleræque authenticæ ex novellis desumptæ sint & ab Irnerio, ut volunt, codici insertæ, adeoque non probant, nisi quatenus cum novellis conveniunt, Hopp. *præcogn. jur. c. 6. §. 6.* Lauterb. *in præfat. compend. jur.* major enim fides tribuitur scripturæ matri, seu originali, quam inde desumpto, Mev. *p. 1. dec. 119.* Hæc vero verba: *non tamen*

tamen jurent, in nou. 123. c. 7. non reperiuntur, cum tamen exinde d. auth. desumpta, adeoque ea rejicienda, quin contrarium potius inde probatur, dum d. nou. 123. formam saltem dicendi testimonium per tactum evangeliorum remittit. unde etiam d. auth. ulterius non intelligenda, Meu. p. 4. dec. 265. Brunnem. in d. auth. Reuber. tr. d. test. p. 3. n. 37. Sesser. de juram. l. 1. cap. 9. n. 23. seqq. Manet ergo, clericos testes ad præstationem juramenti omnino obligatos esse. Unde & Romani Vestales ceterosque religiosos juramento adstrinxisse leguntur, P. Ayrault. in instruct. de proc. p. 3. l. 3. n. 33.

An clerici

sub formula:
bey ihrem
Gewissen,
admittendi?

§. XVII. Sed quæritur, non sufficiat, si testimonium perhibere volunt, ut plerumque prætere solent, *bey ihrem Gewissen?* negativam defendimus. Ubique enim LL. juramentum necessario requirunt, ibi intelligitur in judiciis juramentum corporale, ein hieilicher, gelehrter, eörperlicher und leiblicher Eyd, sive tale, quod fit erectis digitis aliisve consuetis solemnitatibus accedentibus sub invocatione nominis divini, Græu. ad Gail. l. 2. concl. 59. n. 10. Dn. Zoll. diff. de promiss. sub. fid. generos. von der Cavaliers - parole. cap. 6. §. 4. Quamvis enim concefferim, ejusmodi verba alias firmissimam involuere adsertionem; attamen non quævis verba vim & efficaciam corporalis juramenti habent, sed saltem ea, quæ in formula jurandi in imperio Romano usurpari solent: so wahr helffe mir Gott und sein heiliges Wort, in quibus hodie forma essentialis juramenti consistit, conf. ord. cam. p. 1. a cap. 57. ad 85. Unde nec adsertionem: bey dem Wort der ewigen und göttlichen Wahrheit, juramenti judicialis effectum producere, testatur Carpz. p. 2. c. 16. d. 6. Et insuper fides pastoralis pendet a fide pastoris, cum vero LL. pastorem a juramenti præstatione non eximant, neque adsertio sub sola fide pastoralis admitti potest. Licet enim optandum foret, ut non alios haberemus pastores & ecclesiæ ministros, quam tales, quorum ea esset morum probitas & non adfectata pietas, ut nemo absque præstito

stituto juramento etiam de sinceritate & veritate illius, quod loquuntur, dubitare posset; cum tamen & ipsi homines sint, qui non semper adfectibus dominantur, hinc semet a consueta juramenti formula liberare non possunt, nisi partibus consentientibus & remittentibus. Non negamus quidem, quod iudex probe agat, si partibus persuadere studet, ut clericis, præcipue si parochi sint, aut eorum confessionarii, juramenti formulam remittant, aut sub fide pastoralis eos admittant, at vero si partes hoc facere nolunt, invitæ ad id adigi non possunt. Et ideo Wittebergenses in tali casu A. 1578. d. 8. Jun. pronunciarunt: Das gedachter M. Mylius Superintendens, selnes Vorwendens ungeachtet, sein vom gegentheil begehrtes Zeugniß vermittelst gewöhnlichen Zeugen Eydes, im Fall die Partheyen ihm solches nicht erlassen wollen, zur Steuer der Wahrheit zu geben schuldig, darzu er dann im Fall der Begerung durch gebührende Mittel angehalten wird, B. R. W. Coler. dec. 211.

§. XLIX. Ex dictis igitur rationibus facilis decisio est *Quid senti-* questionis, si alii etiam testes sub formula: an Eydes-Statt, *endum de* deponere volunt, an scilicet sub ea admittendi? de efficacia *formula: an* dictæ formulæ, & an illa juramento æquipolleat, frequens Eydes-Statt. apud DD. controversia. Nos negativam defendimus cum Carpz. p. 2. c. 16. d. 6. Hartm. Pistor. lib. 4. c. 6 n. 1. & aliis, nisi verba addita sint: so wahr mir Gott helffe, idque ex ratione, quæ jam in præcedentibus §§. adducta, quia nempe forma juramenti in judiciis recepta per æquipollentia verba fieri non debet, Mev. p. 1. dec. 146. n. 2. Setf. de juram. c. 16. n. 17. Alias etiam B. Dn. Stryk U. M. adit. de jurej. §. 14. eo casu, quando pars parti juramentum detulit, distinguit, an consuetudo, vel sententia, corporale juramentum exigat, an vero de sola fide negotii quæstio sit, in præjudicium ipsius testantis. Priori casu ejusmodi contestatio non sufficit, nisi deferens ea adquiescere velit, quia de alterius luditur corio, cui exinde damnum obveniret, quod secus in casu posteriori, ubi ejusmodi adsertio an Eydes-Statt sufficit, etiam si *ni-*
hil

hil amplius additum, quia illa clausula juramentum implicitum jam continet, & in vim juramenti adserens, & sciens, quid sit juramentum, tacite Deum invocasse censetur, ut fidem promissi non servatam in vim perjurii flectat, & ipsum tamquam pejerantem puniat, Coler. *d. proc. exec. p. 1. c. 10. n. 246.* Wesemb. *p. 1. conf. 15. n. 88. seqq.* Interim tamen poenam pejerantium eo casu obtinere non existimo, nunquam enim poena perjurii locum habet, nisi quando frangitur solemnis juramenti forma, quæ in judiciis recepta, Schrader. *de feud. p. 10. n. 247.* Wesemb. *conf. 15.* Gail. *l. 2. obs. 59. n. 6.*

Si quis juramentum peccatum esse existimat?

§. XIX. Sed quid si testis comparens juramentum declinare studet, sub prætextu, quasi jurasse simpliciter peccatum existimet? non censeo cum Strykio *us. mod. ff. tit. de jurejur. §. 7.* illos homines absolute ad jurandum adigendos, sed tentandum, ut scrupulus conscientiae eximatur, & juramentum ex justa causa & prævio jussu superioris præstitum extra crimen esse demonstretur, si vero nihilominus pertinaces permanent, peccatum foret, illos reluctante conscientia ad jurandum adigere velle, Sanderson. *de obligat. jur. prælect. 7. sect. 14.* Interim tamen ejusmodi homines poenam jurare nolentium in totum non effugiunt, licet enim aliquid conscientiae eorum tribuendum, præcipue si aliunde ex vita antea acta constat, illos semper in hac opinione fuisse, non tamen ab omni poena immunes erunt, idque publica & summa urgente necessitate. Si enim nulla poena dictaretur, unusquisque se facile sub prætextu conscientiae testimonio perhibendo subtrahere posset, quod minime ferendum. Hinc illustre collegium juridicum Francofurtanum in casu, ubi anabaptistæ juramentum delatum erat judicialiter, ille vero sectæ suæ principia prætexeret, ne quidem magistratu jubente jurandum esse, & inde aliam formulam: *bey Mannen und Wahrheit*, quæ apud anabaptistas sanctissima habetur, subrogare vellet, respondit, daß Er schweren sollte zu Gott und auff sein heiliges Evangelium. Rationes videri possunt apud B. Stryk. *us. mod. ad tit. de jurej. §. 8.*

§. XX:

§. XX. Et haecenus de personis, quæ sub prætextu conscientiae a poena contumaciae se excusare nituntur, sequitur, ut brevibus etiam alios, qui non quidem stimulantem conscientiam, sed *respectu dignitatis*, in qua constituti, solitam jurandi formulam declinare intendunt, & sufficere putant, si veritatem sub forma: bey Fürstl. Gräffl. Adelichen Ehren und Treuen, promittant, quam adsertionem cum juramento solemni ejusdem efficaciae esse putant, v. Gail. l. 2. obs. 59. n. 2. seqq. Surd. dec. 234. Coler. de proc. exec. p. 1. c. 10. n. 151. Schurff. cent. 1. obs. 17. Mascard. de probat. concl. 139. n. 15. Seraphin. de privil. juram. priv. 30. n. 41. præ ceteris autem hanc sententiam defendit Nic. Mylerus ab Ehrenbach in nomol. ord. imp. ubi cap. 6. hoc exemplis regum Hispaniae, Galliae, Scotiae, ducum Moscoviae, imp. Romanorum & Germanorum, nec non ex robore & efficacia verborum, principis autoritate & reverentia principibus debita, ex antiqua fidei germanicae gloria, ex praxi camerae, ex notoria germaniae consuetudine, & demum ex consuetudine & testimonio principum & Ictorum extra germaniam comprobare studet. Quidquid tamen sit, huic sententiae calculum adjicere non possum. Quamvis enim alias Mylero hoc concedam, quod videlicet extra iudicium ejusmodi adsertio multum fidei mereatur; minime tamen illo casu, ubi judicialiter juramentum requiritur, ejusdem vigoris illam esse puto, quia sæpe dictum, substantia & fides testimonii unice in jurejurando consistit, arg. l. 33. d. jurej. Wehn. obs. pr. sub. voc. bey Ehren, Treuen und Glauben. Anton. Dan. Sonnem. prælect. publ. ad LL. notab. p. 187. Nec impedit, quod a dissentientibus objicitur, naturaliter ad fidem testimonio habendam non requiri juramentum, sed esse hoc inventum juris civilis, quod subditos quidem stringit, non vero principem, quia LL. civilibus solutus, l. 31. ff. d. LL. responderetur enim, hoc quidem eatenus procedere, quatenus requisitum jure civili inductum meras solemnitates involvit, hoc enim respectu fateamur, principes ab ejusmodi solemnitatibus omnino im-

De formula:
bey Fürstl.
Gräffl.
chen, Adeli-
chen Ehren
u. Treuen.

munus esse, minime autem hoc procedere potest in causis, quæ altioris indaginis, & ubi princeps non ut princeps, sed ut privatus considerandus, quod fit in eo casu, ubi de veritate ex adserto hominis indaganda agitur, ibi enim cum conscientiam principis non magis ac ceterorum inspicere possimus, & ergo, quo de sincera veritate constet, Deus vindex invocandus sit: differentiam inter principem & privatum statuendam esse non video, sed potius adserere audeo, testem, quantacunque etiam præfulgeat dignitate, corporali adstringi debere juramento Græu. *ad Gail. l. 2. concl. 59. n. 3.* Imo & praxis, ad quam dissentientes provocant, ipsis contraria, sic enim refert Iac. Schult. *in add. ad Coler. dec. 115. n. 28.* nec principes a præstatione juramenti testium immunes fuisse, & id exemplo illustrissimi quondam principis Iulii ducis Brunsvicensis confirmat, qui in propria persona testimonium sub solita juramenti formula perhibuit. Inde etiam mandatum procuratorium de præstando juramento calumniæ sub clausula: *solle bey meinen Fürstl. Gräßfl. Adelichen Ehren an Eydes statt, &c.* in camera non accipiuntur, Ruland, *de commiss. l. 2. cap. 11. n. 47.* Quid quod ex Sleidano constet, ipsum Carolum V. imperatorem, iusjurandum juratum, *seinen geschwornen solennen Eyd, præstitisse.* Et tandem, si dissentientium sententia obtineret, imperatores ad minimum in capitulationibus a juramenti præstatione liberi essent; sed & hoc secus esse praxis uberrime hactenus demonstrat, dum in fine omnium capitulationum hæc concepta verba deprehenduntur: *bey unseren Königl. Ehren, Würden und Worten im Nahmen der Wahrheit zugesaget.* Inmassen Wir denn das mit einem leiblichen Eyde zu Gott und dem heiligen Evangelio geschworen, &c. vid. Ziegler. *Wahl. cap. von Carolo V. biß auff Ioseph add. capitulatio augustissimi nostri & vere invictissimi imperatoris Caroli VI §. 30.* Interim vero & hic, quod supra §. XVII. de clericis monuimus, repetendum venit, quod nempe, cum variæ hac occasione controversiæ oriantur, & tamen juramenti solemnita-

tem

tem a partibus remitti posse constet, utile sit, ut testibus illustribus a partibus juramentum remittatur, & fidei illustrium personarum fides habeatur, Ruland. *de commiss.* p. 2. c. 11. n. 51. add. Gail. l. 1. obs. 101. item l. 2. obs. 59.

§. XVI. Quæ diximus, regulariter & in dubio obtinent, exceptio tamen erit, si statuta contrarium adserant, *rit, si contrarium receptum.* aut ex singulari privilegio, sive jure, aliud receptum, prout hoc in regno Bohemiæ & archi-ducatu Austriæ speciale, ubi nobiles & illustres personæ personaliter comparere non tenentur, sed per scripturam sub fide sua sine corporali juramento deponunt, & depositionem obsignatam judici examinis transmittunt, unter ihrer Hand und Pertschafft, id quod etiam in Bavaria ita obtinere, ut nobilium sigilla & manus loco juramenti habeantur, testatur de praxi Gailius l. 1. obs. 101. n. 14. add. Brunem. *proc. civ. cap. 30. n. 65.* ubi adserit, ejusmodi privilegio itidem gaudere procures in Suecia. Talia statuta derogant juri communi, utpote quod saltem in subsidium nosmet recepisse notum est. Huc etiam pertinet consuetudo, quam in Silesiæ ducatibus Opeliensi, Ratiboriensi, Teschinenti, Oppaviensi & Carnoviensi ita praticari dicit Arn. Reyger. *thesaur. juris occupt. ad voc. testis in add. n. 37.* ut scilicet nobiles in scriptis testimonium ferant sub clausula: und dieses bezeuge ich bey meiner Seelen Heyl und Seeligkeit. Eodem modo obtinere quoque potest adsertio officialium bey dem End, damit sie ihren Herrn zugethan, si illa juramenti loco recepta, veluti hoc aliquoties se observasse adserit Gail. *adl. l.* quam formulam de jure prutenico aliquando etiam obtinere, sed sub distinctione, patet ex *jur. prout. Prut. l. 1. tit. 35. art. 6. §. 3.* distinguitur scilicet, an officiales deponant in causa ad officium suum spectante, an in causa ab officio mere aliena, illo casu ejusmodi adsertio vice juramenti est, secus vero casu posteriori. Ceterum generaliter hic notandum, quod in dubio nulla exceptio præsumatur, sed omnes testes sub solita formula juramenti examinandi sint, unde qui speciale aliquid adlegat, illi probatio incumbit, *tamquam*

quam contra jus commune quid statuenti, Mynsing. *cent. 2. obs. 3.*

Testis contumax est, si in scriptis & non viva voce testari vult.

§. XXII. Ea ergo, quæ in *præc. §. de privilegiatis nobilibus* adduximus ad alios indistincte adplicari non possunt, sed tenetur testis in judicio comparere, & testimonium viva voce, non vero in scriptis perhibere, Bart. *in l. 9. C. de test. Oldend. tr. de test. p. m. 558. n. 15.* unde, si testis emanet, & testimonium in scriptis offerre vult, de novo citandus & comparitio illi injungenda, postea vero, si adhuc pertinax perseverat, eum contumaciæ pœnam juste incurrere non est, quod dubitemus, cum testibus, non testimoniis, credendum, jam olim imp. *in l. 3. ff. de test. censuerit.* Aliud tamen respondendum in eo casu, quem refert Beust. *in rubr. de jurej. n. 212.* ubi dicit, se in quadam causa, in qua commissarius fuerit, vidisse virum quendam senem & prudentem, ut testem productum, & hunc antequam ad articulum prælectum responderet, accepto atramento & penna depositionem suam scripsisse, postea vero eam e charta prælegisse, licet enim postea pars adversa validitatem hujus depositionis in dubium vocare voluerit, pronunciatum tamen fuisse, illam valere, quia verba deponentis intervenerant. Jura enim nihil præter præsentiam testium requirunt, & depositionem viva voce prolatam, Gilhaus. *arb. jud. civ. p. 6. c. 6. n. 7.* Non vero valet depositio per procuratorem jurata, uti vult Bart. *in l. 13. §. 13. ff. de damn. inf. n. 12.* cuius sententiam communiter adprobatam dicit Reyger. *thes. loc. verb. testis in add. n. 39.* & juxta cujus doctrinam licet una partium dicto procuratoris partis alterius stare nolit, sed dominum respondere debere urgeat, dominus nihilominus constituere potest procuratorem ad jurandum, & dicetur satisfactum petitioni, videtur enim dominus jurare tamquam per organum, *c. præsentium de test. in 6 junct. c. fin. de juram. in 6. ibique glossa*, scilicet, decreto speciali non videtur satisfactum per procuratorem, *cap. fin. §. 1. de offic. deleg. clement. 1. de vita & honest. cleric. Cacheran. decis. 113. n. 2.* Verbum enim personaliter

naliter in aliqua constitutione positum facit, ut mandans non habeatur pro faciente, Birt. in *l. iubemus C. de erogat. mil. ann. n. 3.* Vide, quæ de hac personali depositione aliisque actibus personaliter, non per mandatarium perficiendis fuse & erudite tradit Cacheran. *d. dec. n. 5. 6. 7. 8. 9.* ubi contrariis responderet *n. 10. seqq. usque ad fin.* & senatum etiam pro sua sententia pronunciasse commemorat.

§. XXIII. Quid vero sentiendum, si testes adserunt, *Quid si testes se iurasse, quod secreta nunquam revelare velint, an scilicet nihilominus ad articulos respondere teneantur, & an iudex in casu denegati testimonii in illas tamquam contumaces animadvertere possit? adfirmatur.* *jurarunt se secreta nolle revelare.* Istiusmodi enim iuramentum turpe est, contra bonos mores, & impium, ideo nec obligatorium, quia alit peccatum mortale, & iram Dei provocat, vid. omnino *can. 80. c. 11. q. 3. & can. 3. 4. 5. 6. 10. c. 22. q. 4. c. 58. de R. J. in 6.* unde & Plato *l. 1. de LL.* eos improborum vult haberi numero, qui veritatem celant. Idem obtinet intuitu sacerdotis, hic enim, etsi se nunquam iuraturum vota fecerit, nihilominus tamen ut testis productus veritatem sub solita iuramenti forma adserere debet, conf. Græu. *l. 1. concl. 100. confid. 1.* & dum non servatur ejusmodi iuramentum, præsumitur, eum poenituisse peccati, quod temerario iuramento commiserat, Gail. *l. 1. obs. 100. n. 4.* Nulla quoque hic iuramenti relaxatio de necessitate requiritur, actus enim invalidus & nullus nullum plane producit effectum, *l. non dubium 5. C. de LL.* ubi impp. Theodosius & Valens rescribunt: *quod ea, quæ lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia sint, sed pro infidelis etiam habeantur,* leges enim vana & frustratoria remedia adhibere non solent, *arg. l. 18. ff. de V. O. add. Mascard. de probat. in proæm. cap. 5. n. 55.* Id quod etiam de praxi cameræ ita obtinere, & hoc modo in causa Braunschweig, c. Sachsen, Anhalt & consortes, item Teutschmeister contra Hailbrunn, pronunciatum fuisse, testis est Gail. *l. 1. obs. 100. n. 4. & 5.*

*In instantia
adpellationis
testes de novo
jurare tenen-
tur.*

§. XXIV. Ut haecenus dicta in prima instantia obtinent: sic etiam in adpellationis instantia eadem obtinere existimo. Etsi enim videri posset, quod testes, qui semel juramentum praestiterint, eodem de novo non sint constringendi, cum juramenta temere multiplicari non debeant, quam sententiam etiam commentatores ad statuta Parmensia fovere testatur Rulant. *de commiss. p. 1. l. 6. cap. 10. n. 6.* nihilominus ramen contrarium magis probari censeo per *c. fraternitatis. X. de test. c. praeterea. X. de test. cog.* prout etiam hanc adfirmativam in camera obtinere & juxta eam decidum fuisse in causa Bürgermeister und Rath der Stadt J. wieder Deutschmeister adserit Rulant *ad loc.* Verba decreti haec sunt: wird denen commissarien hiemit Macht gegeben, die Zeugen vormalz durch D. N. gehöret, wieder von neuen zu beendigen und Rundschaft zu geben, sürgewandter Einrede ungeachtet, wie sichs gebühret, zu zwingen, &c. ergo si jurare nolunt, eodem modo contra illos proceditur, prout alias contra contumaces procedi solet, Berous. *in c. solent. de restit. spol. n. 15.* Interim optima hic est cautela, quam suggerit Gail. *l. 1. obs. 104.* quod nempe testes ejusmodi, quia hominum memoria labilis, *l. peregre. 44. ff. de adquis. v. amitt. poss.* maxime si factum est antiquum, Bart. *in l. res obligata. n. 1. ff. de legat. 1.* ad evitandum perjurium a judice petant, ut prior rotulus ipsis ante examen exhibeatur, quo de veritate dicenda se informare possint, ne sibi sint aliquo modo contrarii.

*De testimo-
nio judicis,
an illud jura-
mento confir-
mandum?*

§. XXV. Tandem de persona judicis testimonium perhibentis adhuc quaestio huic capiti colophonis loco adjicienda: an videlicet judex testis juramentum sine nota contumaciae recusare possit? *in cap. 7. X. de probat.* dicitur: *solis literis judicis standum esse, (etiamsi juramento confirmatae non sint,)* donec probetur contrarium, ex ratione, quia judex pro se habet praesumptionem justitiae atque veritatis, etsi itaque eius adsertio plenam atque irrefragabilem fidem non faciat, attamen veritatis nititur praesumptione, sunt verba

Meuui

Meuii p. 1. d. 118 id quod etiam, cum veteri jure Saxonum convenit, ubi im Land-Recht l. 2 art. 22. ita disponitur: wo der Richter zu gezeugen geführt wird um eine Sache, das hält man für ein vollkommen gezeugniß, clarius vero l. 3. art. 88. wenn der Richter mit denen Schöppen etwas bezeugen soll, da soll er sich allein bey dem Eyd, den er dem Könige zum Gericht geschworen hat, verpflichten, die Wahrheit zu sagen, und anders darff er nicht schweren. Verum enim vero hæc solum de illis negotiis intelligenda, in quibus judex officio suo functus, minime vero de extrajudicialibus, Mascard. de probat. concl. 950. n. 30. Carpz. p. 1. c. 16. d. 27. in quibus non ut judex, sed ut alius homo consideratur, & huc pertinet textus in cap. 28. X. de test. ubi Pontifex iubet ne unius judicis quantæcunque fuerit autoritatis, verbo credatur in causis sive super testamentis, sive quibuslibet aliis contractibus quæstia est.

CAPUT IV.

De Personis, quæ Testimonium declinantes Contumaces non audiunt.

CONTENTA HUIUS CAPITIS.

Inter personas, quæ ad testimonium dicendum obligatæ non sunt, primo veniunt consanguinei, §. I. inde inter adscendentes & descendentes nulla est coactio, §. II. neque inter fratres & sorores, §. III. ceteri cognati quatenus eximantur, docetur §. IV. quid de marito & uxore? quid de domesticis? §. V. in tantum a testimonii præstatione liberantur clerici confessores, non solum intuitu eorum, quæ ipsis in confessione, sed etiam quæ in adibus eorum extra casum confessionis revelata. Quæ obligatio certo respectu extenditur ad laicum, §. VI. exceptiones quando clericus revelata in confessione manifestare tenetur, §. VII. porro excipiuntur advocati, §. IIX. proxeneta quatenus liberentur? §. IX. exceptio, si veritas aliter haberi nequit quo modo intelligenda, §. X. alii a testimonio dicendo intuitu comparitionis in iudicio liberantur, §. XI. persone egregiæ ob l. 15. de jurejur. cuius legis

legis quedam adducuntur limitationes, §. XII. recensentur persone egregie tam de jure Romano, §. XIII. quam praxi moderna, §. XIV. exempti etiam sunt senes, §. XV. item valetudinarii, quibus adfociantur prægnantes partui vicinæ, §. XVI.

§. I.

Inter personas, quæ ad testimonium dicendum obligati sunt, primo sunt consanguinei.

EXplicatis iis, quæ circa examen testium monenda existimavimus, ordo iam postulat, ut personas consideremus, quæ a testimonio dicendo liberantur & per consequens testimonium recusantes contumaces non audiunt. Occurrunt hic præcipue personæ vinculo sanguinis invicem conjunctæ, quæ ex ea ratione ad testimonia non compelluntur, ne odiorum causa inde succrescat, & ne dissidiis seiungantur, quos oportuerat in perpetuum sanctissimo amoris vinculo constrictos esse, Voet. *ad ff. tit. de test. n. 3. in f.*

Adcoque inter adscendentes & descendentes nulla est coactio.

§. II. Ergo *adscendentes & descendentes* contra se invicem testimonium ferre non coguntur, ex parte parentum enim hoc pugnaret cum amore erga liberos, ex parte vero liberorum cum debita & naturali reverentia, cui per iudicis sententiam derogari nequit, prout hoc impp. Diocletianus & Maximianus in *l. 6. C. de test.* itidem observarunt, quippe qui nec volentes eos ad testimonium admittendos esse censent, ex modo adducta ratione, ne amor naturalis & debita parentibus reverentia violetur, quæ tanta est, ut quod eam vincat, in tota rerum natura non reperias, *l. 8. §. fin. ff. quod met. caus. l. fin. C. de curat. fur.* Nulla hic est distinctio, an patria potestas iam sit soluta, nec ne, quamvis nonnulli ita censeant, v. DD. *ad d. l. 6. de test.* Ayreri *proc. cap. 7. obs. 10. n. 9.* nec an sint sexus masculini, an sequioris, imo Carpz. *de us. arb. consang. disp. 13. th. 9. n. 84.* dicta intuitu foeminarum adhuc magis procedere putat, ex ratione, quia, ut faciliores sunt ad amandum, ita faciliores quoque ob amorem ad periurium præsumuntur, Mascard. *de probat. vol. 3. concl. 1148. n. 4.* quam tamen differentiam hic loci examinare merito superfedemus, cum alia, quæ magis ob
uti.

utilitatem & praxin se commendant, locum postulent. Queritur scilicet: *an pater ad testandum cogi possit, si causa inter duos filios agitur?* negativam hic prævalere non est, quod dubitemus, eo, quod pater pro uno contra alterum testimonium perhibens, etiam hoc casu contra adlegata iura impingat. Nec obstat, quod regeritur, per æqualem, qua pater erga utrumque filium ducitur, adfectionem removeri fraudis & periurii præsumptionem, *l. 67. §. 1. ff. de R. N.* quamvis enim hoc concedatur, non cessat tamen ratio principalis a pietatis officio desumpta, quæ pietas patrem contra filium testari non patitur, *Vœt. ad ff. adl. l.* Exceptio interim a regula esse potest eo casu, si veritas aliter heberi nequit, sic enim favore eruendæ veritatis parentes contraliberos & vice versa cogi posse, testantur *Farinac. de test. qu. 54. n. 171. Gomez. tom. 3. variar. resolut. c. 12. n. 24. Andr. Scheffer. p. 1. qu. pract. qu. 7. Frid. Schenck de test. n. 31.* Extra hunc vero casum, (qui, quomodo intelligendus, infra §. X. explicabatur,) ad testandum minime cogi possunt. Inde quoque Scabini Lipsienses in causa Georg Kreusels contra Georg Schillenbach zu Schwarzenb. mens. Jul. A. 1632. pronunciarunt: daß beklagter seinen Beweis bey Verlust desselben binnen Sächsischer Frist gänzlich zu verführen schuldig, und es mag Klägers Tochter, Christoph Georgens Eheweib, wieo der Kl. ihren Vater Zeugniß zu geben beständiger Weise nicht gedrungen werden, *B. R. W. Carpz. p. 1. c. 16. dec. 50.* De praxi reliquarum extra Saxoniam provinciarum idem obtinet, vid. *Würtemb. Land. Ordn. rubr. Welche Persohnen nicht Zeugniß geben mögen: verb. item Vater und Mutter. reform. Noric. tit. 7. c. 1. §. es sollen auch die Eltern. reform. Wurmatis. l. 1. tit. 21. verb. auch soll ein Vater oder Mutter. reform. Erfurt. p. 1. tit. 33. §. 4 & 5.*

§. III. Secundum iam sibi locum vindicant fratres & Neque inter sorores, qui itidem ex eodem amoris & sanguinis vinculo, *fratres & sorores.* & ne sat rara & apud nos fratrum gratia magis turbetur, ad testimonium dicendum cogendi non sunt. Idque iterum in-

indistincte, an scil. cesset patria potestas, bonorum communio, & cohabitatio, annon, quos quidem tres casus excipit Menoch. *de A. J. Q. l. 2. c. 104. n. 1.* Imo adserere & hoc audeo, quod fratres neque volentes admittendi sint contra fratres, idque non in criminalibus solum, quod ipsi etiam dissentientes concedunt, Lauterb. *coll. theor. pr. ad tit. de test. §. 31.* sed etiam in civilibus, quia eadem adest ratio, quam intuitu patris §. *preced.* adlegavimus, scilicet ne in familia odia generentur. Nec movet ratio dissentientis Lauterb. *adl. l. Carpz. l. 3. resp. 89. n. 35.* Lauterb. Patris *ad jus Würtenb. p. 1. tit. 36. & 60.* quod fratres specialiter non prohibeantur, & hinc volentes admittendi sint, juxta *l. 1. §. 1. ff. de test.* Si enim hæc adsertio procederet, sequeretur, etiam, quod fratres etiam cogi possent, quia illi inter personas, quæ invitæ ad testimonium cogi non possunt, expressis verbis itidem non connumerantur, imo exinde fluere, quod nec parentes de jure pandectarum exempti essent, quia nec illi expresse nominantur. Scilicet, crediderunt legislatores, dum alias personas exceperunt, inter quas vinculum non adeo arctum intercedit, quod ab illis, tamquam a minori ad majus, sc. parentes, recte argumentari possit, quamvis hi nominatenus excepti non fuerint. Ex ratione dissentientium & olim forsan dubitatum, an parentes volentes in testimonium admitti possent contra liberos, quod dubium removerunt impp. *in d. l. 6. C. de test.* dum Tertullo requirenti rescripserunt: nec volentes illos admittendos esse. Licet autem ejusmodi rescriptum respectu fratrum adlegare non possimus, sufficit tamen, quod hic, uti ante dictum, eadem militet ratio, unde a patre ad fratrem intuitu amoris consanguineorum in jure aliquoties argumentari videmus. Sic frater fratrem non gravioris, sed levioris saltem criminis accusare potest, *l. 13. l. 18. C. de his qui accus. non poss.* eo modo, quo etiam pater filium suum ex causa gravioris criminis ad supplicium offerre non potuit, *l. 13. §. ult. ff. de re milit.* Et ita in aliis. Hinc optime

in jure prou. Würtemb. dispositum legitur: item Bruder und Schwester mögen auch für, noch wieder einander Zeugniß geben, es wären denn keine andere Zeugen, oder Beweissungen vorhanden. Quæ utique de civilibus saltem intelligenda, in criminalibus quippe pro reo ad innocentiam ejus probandam, sicut & alios inhabiles, ita fratres ad testimonium admittendos esse constat, vid. Carpz. *pr. crim. q. 114. n. 36.*

§. IV. Possem hic & ceteros, qui ratione consanguinitatis & cognationis a testimonii necessitate excipiuntur, speciatim adducere: ne vero disputationis modum egrediar, illos uno hocce §. complecti liceat, præcipue cum eorum intuitu nullum fere dubium a DD. moveatur. Generaliter itaque monuisse sufficiat, cognatos collaterales usque ad septimum gradum computationis civilis contra cognatos ad testimonium perhibendum cogi non debere, *l. 4. ff. de test. nec invitus quis ad testimonium obligatus adversus socerum, generum, vitricum, privignum, nec ex adducta regula adversus sobrinum, sobrinam, sobrino natum, eosque omnes, qui priore gradu sunt, & propiores his necessitudinis loco junguntur, l. 10. ff. de grad. & ad fin. & nom. eor.* Wesemb. *parat. ff. de test. n. 3.* Gail. *l. 1. obs. 100. n. 14.* idque tam in criminalibus, quam civilibus, *arg. l. 6. C. de test. Brunnem. ad l. 4. ff. de test. n. 2.* Nullum tamen dubium est, quin statutis ista immunitas a coactione ad arctiorem & proximiorum quendam gradum restringi possit, ut Hamburgi factum, ubi privilegium istud in tertio solum gradu sibi locum vindicat, vid. Mart. *ad O. P. S. tit. 20. §. 2. n. 134.* In linea recta vero omnes consanguinei a compulsionem merito immunes esse, ex supra dictis patet rationibus, *arg. l. 5. ff. de test. l. 10. §. f. ff. de grad. conf. Carpz. de us. arb. consang. & ad fin. disp. 3. th. 9.*

§. V. Cum vero amor conjugalis, non minoris efficacitæ esse censeatur, quam ille, qui ex sanguine profluit, Arnif. *de jure connub. cap. 1.* hinc antequam ad personas extraneas, *Quid de marito & uxore?*

earumque exemptionem progrediamur, inspiciendum, quid respectu *mariti & uxoris* jura disponant. Quemadmodum vero, ut supra dictum, inter personas, quæ invitæ ad testimonium non coguntur, non omnes nominatenus recensentur: ita quoque uxoris & mariti in *l. 4. & 5. de test.* non fit mentio, unde quoque non defuerunt statuentes, uxorem contra maritum & vice versa non testari tantum posse, sed & invitam ad id compellendam esse, Væt. *ad ff. tit. de test. §. 5.* Sed salva res est, suppetit enim iterum identitas rationum antea adductarum, ut nulla coactio respectu mariti & uxoris locum habeat, Sichard. *ad l. 3. C. de test.* quod idem ad *sponsam & sponsam* extendit Cavalcan. *p. 4. n. 60.* Cum enim ob arctissimum illud connubii vinculum in unum conjuges coaluerint, & conjugalis adfectio eam, quæ inter parentes & liberos intercedit, non tantum æquet, sed & superet: a consanguinitate arctissima ad hunc casum illationem validam esse, non est, quod dubitem. Cui accedit præterea, quod, dum ad fines ad testimonium dicendum cogi non possunt, Reuber. *in tract. de test. q. 2. n. 176.* multominus illi cogi debeant, qui principium sunt adfinitatis, maritus scilicet & uxor, conf. Sande *decis. Fris. libr. 1. tit. 10. def. 3.* Nec impedit, quod magni nominis J.Cti statuunt in contrarium, de uxore quidem concedentes, minime vero de marito, quem indistincte contra uxorem ad testandum cogi posse adferunt, Aym. *de antiq. temp. p. 1. sect. 3. n. 17.* adlegatus cum multis aliis a Ferinac. *quest. 54. n. 220.* ex ratione, quia in marito deponente contra uxorem non imminet tanta periculi ratio, sicut in uxore deponente contra maritum, Carpz. *p. 1. c. 16. def. 51 & 52.* dum enim concedunt, ex amore conjugali has personas contra se invicem ad testimonium perhibendum non teneri, non video, quomodo illa thesis defendi possit. Quod *domesticos* adinet, monuisse sufficiat, quod non possint ob *d. l. 6 ff. de test.* cogi ad testandum, gravis enim res est, quempiam cogere, ut eum testimonio suo lædat, cujus cibo ac potu vitam sustentat, Reuber.

quid de domesticis?

de

de test. p. 2. n. 201 & 206. plura de domesticitate legi possunt apud Martin. in comment ad O. P. S. tit. 20. §. 2. n. 187. seqq. Carpz. lib. 3. resp. 89. n. 7.

§. VI. Præter hæc personas, quæ a præstatione testimonii liberæ in totum, dantur & aliæ, quæ ex speciali privilegio in quibusdam saltem casibus exemptæ reperiuntur. Et primo quidem occurrunt *clerici confessionarii*, hi enim a contumacia ejusque poena liberantur, si de secretis revelatis in confessione testari nolunt. Hæc quippe non tantum non revelare compelluntur, sed etiam si revelant, nullam fidem merentur, Finckelth. obs. 99. Carpz. jurispr. eccles. l. 3. def. 25. Quid vero, si a iudice interrogantur desuper, an sciant? respondet Angel. de Clavas in summ. lit. c. §. confessio, citatus a Græu. conclus. pr. l. 1. concl. 100. consid. 2. eos sine ullo peccato respondere posse, se nihil scire, nec audivisse, scil. ad revelandum, unde, pergit, non debent tacere, ut dicunt aliqui, sed male, sed audacter dicere, quod nihil sciant, & quod nihil audiverint, quia subintelligitur, ad revelandum, sicut & Christus dixit Marc. 13. quod nec filius hominis sciat de die judicii. Hactenus Clavas, qui fundamentum hujus doctrinæ desumpsit ex c. 2. X. de offic. jud. ord. juxta quod ejusmodi decreta non ut iudex scit, sed ut Deus, seu, ut Pontificii loquuntur, tamquam vicarius Dei. B. Lutherus colloq. mens. c. 14. von der Beicht und Absolution, hoc ita exprimit: sie hat mir nichts gebeichtet, sondern dem Herrn Christo, und weil es Christus heimlich hält, soll ich es auch heimlich halten, und stracks sagen, ich habe es nicht gehöret, hat Christus etwas gehöret, so sage Er: & paulo post: hab ich sie absolvirt? da weiß ich Doctor Martinus nichts von, sondern Christus weiß es, mit welchem sie geredet, denn ich höre nichts, beichte und absolvire auch nichts, sondern Christus. Huic præterea rationi, quæ nostro non subest iudicio, jungitur specialis ad silentium obligatio, ad quam unusquisque, cui secreta commissa, obstringitur, Stryk. diff. de reuel. conf. cap. 2. n. 55. seqq. certe jus canonicum seu-

In tantum a
testimonii
præstatione
liberantur
clerici con-
fessionarii

seueram in ejusmodi clericos statuit poenam, quam c. 12. X. de pæn. his verbis exprimit: *qui peccatum in pœnitentiali judicio sibi detectum præsumserit revelare, non solum a sacerdotali officio deponendum decernimus, verum etiam ad agendam pœnitentiam perpetuam in arctum monasterium detrudendum, add. Carpz. jurispr. consist. l. 3. tit. 2. def. 25. idque iis, quæ ipsi non solum intelligendum de illis, quæ in confessione auctoritatem in riculari, ab Innocentio III. in locum pristinae confessionis aedibus suis revelata in aedibus privatis, Brunnem. proc. inquisit. cap. 8. extra casum membr. 1. n. 40. Nam locus & actus confessionis minime confessionis. absoluit nexum obligationis ad silentium, sed data & sperata fides, vid. B. Stryk. adl. l. n. 64. licet dissentiant Beier. de sigill. confess. sect. 2. c. 1. § 3. item Textor in pr. judic. p. 2. c. 11. n. 28. qui statuunt, quod illa, quæ quis extra confessionis solemnitatem sacerdoti sub protestatione de non revelando manifestavit, sacerdotem ad silentium non obligent, imo judicium ad torturam oriri, si mediante assertionem sacerdotis delictum sacerdoti in aedibus suis revelatum ad notitiam principis, sive judicis, pervenerit, sed, prout diximus, male, quia utrobique eadem subest ratio & ad silentium obligatio, B. Stryk. in not. ad Brunnem. jur. eccles. l. 2. cap. 19. §. 22. Augustinus c. 19. c. 2. q. 1. sub finem ita ait: *sunt homines adulteri in domibus suis, in secreto peccant, aliquando nobis produntur ab uxoribus suis, plerumque zelantibus, aliquando maritorum salutem quærentibus. Non prodimus palam, sed secreto arguimus. Ubi contigit malum, ibi moriatur malum.* Possunt quippe ex hypothese juris canonici clerici privata redargutione peccatoribus melius consulere, quam si magistratui illos denunciant ad poenam infligendam, a qua praxi prima ecclesia abhorruit, juxta Stryk. U. M. ff. ad tit. de test. §. 8. in fin. Unde illustris Facultas juridica hujus Fridericianæ in casu, ubi aliquis ut testis in causa quadam producebatur, minister ecclesiæ autem, cum hoc audiret, judicio denunciabat, hunc hominem, quod aliquando perjurium commiserit, confessum esse,*

esse, quærebatur: an inquisitioni locus esset? decidit laudata Facultas sequentem in modum: daß wider Titium nichts vorzunehmen, es ist aber dem archidiacono Cajus, daß er dasjenige, so Titius ihm seinem Beicht-Vater, als er das heilige Abendmahl nehmen wollen, und also allerdings sub sigillo confessionis von einem begangenen perjurio bekannt haben sollte, hernach public gemacht, ernstlich zu verweisen. Es hat auch Menii suchen, daß der archidiaconus eyndlich vernommen werden möge, nicht statt, u. s. f. prout hoc responsum retulit B. Dn. Joh. Sam. Stryk. in *diff. testim. injur. cap. 2. §. 15.* imo hoc etiam obtinere in judiciis aliis favorabilioribus, e. g. in matrimonialibus, patet ex Carpz. *p. 1. c. 16. d. 70.* ubi Lipsienses ita pronunciarunt: hat unter euren Pfarr-Kindern eine ledige Weibs-Person einen Wittwer zugesagter Ehe wegen, vor dem consistorio belanget, &c. ob sie nun woll unter andern auch euch, gegen deme, als seinem Beicht-Vater, er in der Beichte sich zu der verweigerten Zusage bekannt hätte, zum Zeugen angegeben, &c. so seyd ihr doch dißfals Zeugniß zu geben nicht schuldig, möget auch dazu nicht angehalten werden. Und wenn ihr es gleich thun wollet, wäret ihr doch damit nicht zu hören, noch zuzulassen, u. s. f. Extendunt hæc quoque ad casum, si quis laico in casu necessitatis confessus fuit, ubi idem sigillum confessionis subest, & laicus non minus, ac sacerdos, ad silentium obligatur, quia ille in extrema necessitate loco sacerdotis est, per c. *sanctum. 36. de consecr. dist. 4.* add. Casp. Matth. Müller *diff. de verit. cel. cap. ult. §. 4.* que obligatio certo respectu extenditur ad laicum.

§. VII. Sunt tamen exceptiones adductæ regulæ, & *Exceptiones*, sacerdos apud evangelicos ad perhibendum testimonium *quando clerici teneantur*, (1) si confessio delicta patranda concernit, aut *cus reuelata* continuanda, iusta enim est confessionis reuelatio, quæ fit *in confessione* eum in finem, ut peccato occurratur, & damnum, quod proximo imminebat, auertatur. Ergo praxis pontificiorum, qui sigillum confessionis etiam ad patranda *extendunt*,

dunt, merito damnatur, Exc. Böhmer. *jur. eccles. prol. l. 2. tit. 21. § 9.* ubi etiam ex Ziegler. *ad Lancellos. p. 356.* nefandum illud Garnetti Jesuitæ responsum notat, quippe qui a comite Nottinghamiæ pro tribunali interrogatus: si quis apud ipsum confiteretur, se die sequenti regem pugione transfixurum, num rem occultandam putaret? affirmative respondit. Ejusmodi sacerdos causa moralis fit homicidii & perduellionis, imo peccati vinculo implicatur, qui non indicat iis, quibus intenditur, *c. 8. c. 22. q. 5.* Exc. Dn. Præs. Einl. *zum consist. Proc. c. 7. § 17.* & insuper hæc pontificiorum praxis e diametro cum primæva confessionis ratione pugnat, quæ unice delicta respiciebat patrata, minime patranda, teste Dn. Böhmer. *adl. loc. in fin.* Deinde (2) ad reuelandum obligatur sacerdos, si de vita innocentis agitur, qui alias forsan indiciis grauatus perichlaretur, e. g. si cædes in rixa commissa, &c. debet tamen reuelatio impersonalis solum esse, Finckelth. *obs. 94.* Brunnem. *proc. ciu. cap. 20. n. 61.* Mynsing. *cent. 5. obs. 41. in fin.* Dn. Præs. *doctr. ff. ad tit. de test. § 5.*

Excipiuntur
porro aduocati.

§. VIII. Hæc de clericis, quos excipiunt *aduocati*, cum & illi sacerdotum dignentur titulo *l. 1. §. 1. ff. de J. & J.* unde prætendunt, & se a necessitate testimoni perhibendi exemptos esse intuitu secretorum a clientibus reuelatorum, ne alias prævaricatores & proditores causæ audiant, Joh. Gutierrez. *l. 1. can. quest. c. 11.* & quia moraliter peccare dicitur ille, qui secretum sibi communicatum, & quod in alterius graue præjudicium non tendit, reuelat, etiamsi iudex competens illud præcipiat, Berlich. *dec. aur. 101. n. 6.* Ergo & advocatis exemptio ex communi fere Doctorum calculo hac parte concessa, Ant. Faber. *in cod. lib. 4. tit. 15. def. 19.* Farinac. *de test. q. 60. n. 155.* Matth. Coler. *p. 2. dec. 241.* Campeg. *de test. reg. 58.* idque non solum procedit, si lis adhuc pendet, sed etiam eadem jam finita, quamvis hoc casu in foris Saxonie contrarium obtinere velit Carpz. *lib. 3. resp. 95.* quod tamen ad eum casum solummodo pertinere

tinere puto, si advocatus ejus rei, cujus intuitu testimonium perhibere debet, jam ante susceptum patrocinium notitiam habuerit, quo collimare videtur sententia Scabiorum Lipsiensium, quam adlegat Berlich. *dec. aur. 101.* ubi ita: ob nun woll die Rechts-Gelehrten in dem einig, daß ein advocatus wieder seinen clienten zum Zeugen mag angegeben werden; dieweil aber dennoch ihr von der Sachen zuvor nichts gewußt, sondern nur desjenige, was von euren clienten pro informatione facti berichtet worden, zu offenbahren, ihr zum Zeugen angegeben werdet, so möget ihr gestalten Sachen nach Zeugniß zu geben und solches zu entdecken nicht gedrungen werden, u. s. f. Hoc supposito, adsertio Carpzovii nostræ sententiæ non repugnat, & ejusmodi advocatus non ut advocatus, sed ut alius quilibet testis ad testandum est obligatus. Interim si sententia Carpzovii in Saxonia indistincte procedit, particularis hæc est constitutio, quam aliis in locis non attendimus, & donec contrarium ibi receptum esse demonstraretur, juri communi inhæremus, in *adl. l. f. de test.* enim expresse sancitur, *quod nec patroni in causa, ubi patrocinium præstiterunt, testimonium dicere debeant.* Nam & præter rationes ante adductas, adhuc interesse habent, si non pecuniarum, saltem propter honoris, gloriæ & dexteritatis laudem, unde non admittendi, neque cogendi, B. Dn. Stryk *U. M. ff. de test. §. 6.* Id quod de praxi cameræ etiam testatur Rulant. *de commiss. p. 2. l. 2. cap. 4. n. 11.* Exceptio tamen erit, si veritas aliter haberi nequit.

§. IX. Quid vero de proxenetis? de quibus etiam *proxeneta* disputatum fuisse dicit Græu. *ad Gail. l. 1. concl. 100. cons. 3. quatenus li-* Quæritur, an illi ad testimonium perhibendum cogi possint *berentur.* in causis, quibus ratione officii interfuere? si ex communi fere DD. sententia hanc quæstionem decidere volumus, sub distinctione respondendum erit, an partes consentiant, nec ne, priori casu utique coactioni locum esse, secus autem in posteriori statuunt, adeoque alterutra dissentiente *proxenetam*

netam compelli non posse, vid. Ludwel. ad Wesemb. tit. ff. de proxen. n. 1. Nicolai. in proc. p. 1. cap. 59. n. 33. Brunnem. ad l. 1. ff. de proxen. n. 3. idque propter præsumptionem lucri vel acquisiti, vel mox acquirendi, nou. 90. c. 8. quod nec jure Saxonico immutatum esse dicit Matth. Col. p. 1. dec. 197. n. 4. ejusmodi enim homines in sui commodum & exonerationem & pro validitate contractus testificari præsumuntur Carpz. p. 1. c. 16. d. 71. n. 2. aliam rationem subjicit Ferdin. Vafq. nouiss. illustr. quæst. l. 2. q. 33. n. 2. ubi dicit: contrahentes hujusmodi mediatoribus atque proxenitis palam atque luculenter animorum suorum sententiam depromunt ac revelant, minime id facturi, si id omnibus manifestum futurum timerent, cum ergo his mediatoribus sua consilia non aliter atque confessoribus revelent, incivile ac iniquum esset, si id ab eodem proxeneta palam & manifestum fieret altero contrahentium invito, eluderetur enim ejus spes ac confidentia. Hactenus Vasquius adl. l. cujus adductam rationem nos in medio relinquimus. Hodie, quia proxenetae utplurimum jurati sunt & publice confirmati, sic ut nulla sinistra in eos cadat suspicio, proxenetam a testimonio dicendo liberum esse non puto, non solum, si negotiis illicitis, v. g. contractibus usurariis, committendæ simoniæ, &c. interfuere, quo casu ipsi etiam DD. alias adserunt, quod cogi possint, Farinac. q. 60. illat. 16. in f. idque in pœnam, quia ejusmodi contractibus intervenire non debuissent, l. f. ff. de proxen. nou. 123. c. 2. §. 1. Menoch. de A. F. Q. l. 2. cas. 411. sed quoque in aliis negotiis a lege non reprobatis, cum ad justitiæ incrementum & revelationem veritatis proxenetarum testimonium quamplurimum conferat, add. Groenw. de LL. abrog. ad tit. de proxenet. n. 3.

Exceptio, si
veritas aliter
haberi non
potest, quo-

§. X. Dum vero aliquoties exceptionis: si veritas aliter haberi non potest, mentionem fecimus: non abs re esse confidimus, si brevibus genuinum illius sensum explicemus. Veritatem aliter haberi non posse contingit vel per se, vel

vel per accidens. Per se contingere dicitur, quando natura negotii ita comparata est, ut alii testes, quam privilegiati, haberi nequeant, c. f. X. de test. cog. Brunnem. ad l. 29. cap. de test. n. 3. sic v. g. parentes coguntur, ut in causa liberorum testimonium dicant, si quæstio ætatem, vel consanguinitatem concernit, vid. Dn. Böhmer. jur. eccles. protest. l. 2. tit. 21. §. 6. quod itidem evenit in factis occultis & antiquis, quæ sua natura plenam probationem non admittunt, vel ita comparata sunt, ut vel ratione loci, vel temporis, alii testes intervenire non potuerint, c. 5. X. de probat. l. 8. §. 6. C. de repud. Hujus furfuris in criminalibus sunt hæresis, furtum, adulterium, conjuratio, partus suppositivus, &c. Menoch. de arb. J. Q. l. 2. cas. 116. item de præsumpt. l. 1. q. 58. in civilibus autem gesta in collegio, loco occulto, capitulo & congregationibus clericorum, ubi soli canonici convenire solent, &c. Per accidens vero veritatem aliter haberi non posse dicitur, cum negotii qualitas non resistit, quo minus habiles adesse potuissent, sed per accidens evenit, ut non nisi privilegiati adfuerint. Hoc casu privilegiati cogi non possunt, ut quidem priori, Mascard. de probat. l. 3. concl. 1359. n. 9. Hahn. ad Wesemb. de test. in f. vid. pluribus Trentacinq. resolut. 10. per tot. Exc. Böhmer. ad l. 1. B. Stryk. U. M. ff. de test. §. 2.

§. XI. Præter personas recensitas, quæ a testimonio dicendo vel in totum, vel in certis casibus exemptæ reperiuntur, dantur & aliæ, quæ non quidem a necessitate testandi se excusant, sed hoc solummodo prætendunt, quod jure muniti coram judice comparere & viva voce testari non teneantur, sed judex ad eos domum mittere, ibique testimonium eorum rogare debeat, juxta l. 15. ff. de jurejur. nov. 124. de jurejur. nov. 124 §. 1. Videamus ergo, quibusnam personis ejusmodi jus singulare in legibus concessum.

§. XII. Primo occurrunt personæ egregiæ in l. 15. ff. de jurejur. sive illæ, quibus ex ipsa juris autoritate dignitas inest, ut loquitur Bart. in l. 1. C. de advocat. divers. jud. id namque

Alii a testimonio dicendo ratione comparitionis in judicio liberantur.

(1) personæ egregiæ ab l. 15. ff. de jurejur.

reuelare te-
netur.

hujus legis
quedam ad-
ducuntur li-
mitationes.

que honoris tributum est dictis personis, ut suscipiendum examen sit cum minimo ipsorum incommodo. Licet enim sint, qui cum Panorm. in c. si quis testium. X. testib. & aliis, quos Beust. in d. l. n. 33. recenset, hanc fouent opinionem, subesse arbitrio judicis, an testes egregios ad comparationem adstringere, siue ad illos domum mittere velit, unde sequeretur, quod priori casu sine nota contumaciæ emanere non possent; hanc tamen sententiam, utpote quæ nullo juris nititur fundamento, omnino rejicimus. Dictum privilegium enim in favorem egregiarum personarum unice introductum, minime vero in favorem judicis, qui propterea id ipsum illis inuitis adimere nequit, conf. Farinac. de test. qu. 77. n. 23. Interim tamen notandum, prædictam legem interdum suas pati limitationes, sic v. g. (1) nihil impedit, quo minus judex majoris dignitatis illam egregiam personam, quæ tantum certo respectu, aut certo quodam loco pro tali habetur, & judice citante longe inferior est, ad testimonium in judicio dicendum citare possit, cum ejusmodi persona vere egregia non sit, adeoque nec privilegium istud ad eandem pertineat, etenim in d. l. 15. saltem intelliguntur personæ, quæ καὶ ἀλῆθειαν & ubivis in numero egregiarum personarum habentur, non vero illæ, quæ limitate, certoque duntaxat in loco, puta in illo, in quo citantur, egregiæ dignitatis poppyismo demulcentur. Secunda limitatio erit in criminalibus, quippe ubi privilegium illud plane cessat, & persona, quamvis maxime egregia, comparitionem in loco judicii veritatis oretenus detegendæ gratia denegare nequit, idque ob maximam diversitatis rationem, quæ inter causas civiles & criminales intercedit, siquidem in illis saltem de privato interesse, arg. §. 10. f. de injur. l. f. ff. de priv. delict. in his vero de vindicta publica quæstio est, arg. dd. ll. junct. l. 9. §. 5. ff. de publ. & vet. C. C. C. art. 173. Accedit, quod quandoque confrontatio rei cum testibus necessaria sit, Tabor. de confrontat. th. 9. seqq. Carpz. pr. crim. quæst. 114. n. 75. seqq. quæ confrontatio in judicio fieri debet, & hinc ex com.

communi DD. sententia hujus privilegii adlegatio in causa criminali, sive ver viam accusationis, sive inquisitionis proceditur, effectu destituitur, vid. Jul. Clar. l. 5. *sentent. quest.* 26. n. 2. Farinac. *quest.* 77. n. 235. Ungepauer. *ad decret. tit. de test.* n. 27. Umm. *ad process. disp.* 10. n. 53. Dictum privilegium locum non habet (3) in causis civilibus arduis, in quibus iudex comparitionem personalem injungere potest, Farinac. *ad l.* l. n. 238. modo secundum τὸ σέβας id fiat modeste, v. g. per literas, & interdum addita clausula: vor meine Person dienstlich ersuchende. Demum (4) *causæ matrimoniales* in specie exceptionem faciunt, si ulla enim unquam causa ardua maximique momenti dici poterit, hæc certe matrimonialis erit, conf. Carpz. *jurisp. consist.* l. 3. t. 4. d. 46. n. 4. De causis civilibus arduis hoc generaliter addo, quod illæ causis criminalibus æquiparentur, Gail. l. 2. *obs.* 94. n. 1. adeoque & matrimoniales in specie ejusdem generis & maximi momenti sint.

§. XIII. Quæritur jam, *quinam adpellatione egregiarum Recensentur personarum veniant?* apud Romanos ad hanc classem pertinebant, qui ex ordine senatorio erant & subdividebantur *personæ egregiæ, tam de in super-illustres, sive illustrissimos, in illustres, spectabiles, & jure Romano, clarissimos.* Illustrissimorum, sive super-illustrum nomine veniebant consules, præfectus prætorio, præfectus urbi, magister militum, quæstores & patricii, *nov. 104. l. 3. §. viros. C. ubi senat. vel clariss.* Illustres dicebantur comites sacrarum largitionum & comites sacri patrimonii, Cujac. in l. 64. in pr. C. de decur. l. 1. pr. C. de aduoc. divers. judic. Spectabiles erant, qui mediæ inter illustres & clarissimos, *nov. 7. in f. videlicet pro-consules, præfectus augustalis, comites orientis, &c. d. nov. 7. l. un. pr. C. ut omn. jud. tam civil. quam crim.* (Et deinde sequebantur clarissimi in specie sic dicti, quamvis enim omnes, quos modo recensuimus, sub nomine clarissimorum etiam venirent, *arg. nov. 71. add. Cujac. in paratit. ad tit. C. de tutor. & curator. illustr. vel clariss. person.* speciali tamen sensu clarissimi dicebantur præsides & consulares,

lares, nou. 23. c. 4. §. *sed a præf. l. un. § ipse enim. C. ut omn. jud.*

quam praxi
moderna.

§. XIV. Hi ergo de jure Romano per supra *adl. l. 15. ff. de jurejur. a necessitate comparitionis in judicio liberabantur.* Mutata vero hodie antiquæ Romanæ reipublicæ statu ac facie, hæc utiliter ad *maiores magistratus* in singulis provinciis & civitatibus adplicantur, qui tamquam personæ egregiæ adhuc eodem gaudent jure, quod tamen extra territorium, in quo tali dignitate pollent, minime extendendum, si non ex alio capite ab hac necessitate eximantur. Gaudent etiam apud nos dicto privilegio *comites, barones, nobiles*, & qui his altiori dignitatis splendore præfulgent. Nullam vero hic differentiam inter nobiles mediatos & immediatos agnoscimus. Quamvis enim sint, qui respectu mediatorum dubium hic movent, Rulant. *de commiss. p. 2. l. 2. cap. 5. n. 11.* Coler. *de proc. exec. p. 1. c. 6. n. 131.* indistincte tamen illa nobilibus competere recte docent Setser. *de juram. l. 3. c. 7. n. 7.* & Menoch. *de A. J. Q. l. 2. cas. 70. n. 11.* Honor enim iste ex mera dignitate personæ colligitur, qua quisque nobilium claret, *DD. cc. 11.* Et dictum privilegium in dubio obtinet, nisi per specialem provinciæ constitutionem ipsis illud ademtum fuerit, quale quid in provinciis Saxonie occurrit, ubi personæ illustres, *Grassen, Freyherren, &c.* æque ac alii in judiciis jurare tenentur, hac sola observata differentia, quod illorum respectu actus jurandi in curia suprema Lipsiensi in conclavi peculiari, in der audienzstube, expediatur, cum reliqui omnes, cujuscunque sexus sint, virgines & mulieres, in confessu adfessorum, in præsentia advocatorum & amanuensium judicii portis undique apertis jurare soleant, Möller. *lib. 4. semestr. cap. 20.* Carpz. *lib. 3. resp. 62. n. 18.* & in *proc. tit. 11. art. 3. n. 94.* Deinde locum sibi hic vindicant *doctores*, sive *nobiles togati*, prout ex sententia Jacobi Benii *de privileg. J. Ctorum in proæm. appellari merentur*; qui nobilitate doctrinæ & eruditionis coruscant, & nobilibus etiam quoad usum vestium, ornamen-

mentorū, v. g. catenarū, aureorū annulorū, &c. æquiparantur in reformat. polit. de A. 1548. item Rudolphi II. de A. 1577. tit. 12. von doctorn. Imo horū dignitatem & nobilitatem tantam esse, ut licet comitissa doctori nubat, non dicatur sua conditione inferiori nupsisse, tradunt Selycet. in l. 7. C. de postul. Hermes. in fascicul. jur. publ. c. 33. n. 164. quamobrem nec ipsi maximi principes eorū purpuram detre-ctarunt, quorū exempla referuntur in dem Durchl. Regenten: Saal. p. 54. qui & ipsum papam Innocentium VI. juris utriusque doctorem fuisse testatur, conf. Martini orat. solemn. de nobilit. quæ lit. adquir. Wurmser. in obs. pract. tit. 1. de judic. obs. 14. Farinac. de test. qu. 77. n. 5. Jason. in d. l. 15. de jurejur. huc etiam licentiatos refert, utpote qui in favorabilibus pro DD. habentur, Alciat. ad l. 57. ff. de V. S. Ricc. p. 2. resol. 467. Nolden. de stat. nobilitat. c. 5 n. 58. Beust. ad d. l. 15. ff. de jurejur. n. 10 & 11. Tandem inter personas exemptas recensentur quoque ratione sexus *fœminæ & matronæ*, non solum *nobiles*, Nicol. proc. p. 1. c. 57. n. 14. sed quælibet, quæ honestatis & pudicitiae decore fulgent, nulla enim in c. *mulieres. 2. de judic. in 6.* unde fundamentum hujusce privilegii peti solet, inter nobiles, aut alias honestiores fœminas differentia reperitur, sed ibi generaliter ita sancitur: *sed cum necessarium fuerit eorundem testimonium, judex tabel- lionem, aut aliam quandam personam idoneam ad eas trans- mittat*, jung. l. 2. §. 1. pr. C. de jurejur. propt. calumn. noz. 124. §. 1. Ratio hujus dispositionis præter dignitatem potissimum quoque in naturali illa verecundia consistere videtur, quæ in publicum prodire, & virili consortio temere se adsocia- re, atque ad judicem varia hominum turba ut plurimum stipatum venire, sequiori sexui vix ac ne vix quidem per- mittit. Interim quænam fœminæ, & in quibus causis hoc privilegium cum effectu adlegare queant, prudentis judi- cis subest arbitrio, qui non male ager, si hic urgentibus cir- cumstantiis se faciliorem erga fœminas, quam quidem er- ga masculos præbet. Inter personas ecclesiasticas *episcopi*
pri-

privilegium personarum egregiarum prætendunt per textum in nou. 123. c. 7. vid. Farinac. qu. 77. n. 211. Menoch. de A. F. Q. cent. 1. cas. 70. n. 5. item Abbates, Rulant. de commiss. p. 2. l. 2. c. 5. n. 9. presbyteri, diaconi & ceteri clerici, Setser. de iuram. l. 3. c. 7. n. 5. Farinac. c. l. Umm. de proc. disp. 14. n. 59. quorum intuitu tamen totam rem ab arbitrio iudicis dependere existimamus, quandoquidem propter rerum publicarum statuumque diversitatem illi non semper in classem egregiarum personarum referuntur, Menoch. de A. F. Q. l. 8. cas. 7. n. 2. & n. 11. Meu. p. 5. dec. 237. in fin. Hillig. ad donell. l. 24. c. 22. lit. k.

(2) porro excusantur senes.

§. XV. Porro a comparitione personali in specie excusantur senes & qui ætatis decrepitæ sunt, c. 8. X. de test. ibique Richter. n. 11. unde etiam Cicero in Verrem ad hanc excusationem provocat, ubi ait: *Lollius ætate impeditus ad testimonium dicendum venire non potuit.* Romani enim senectutem semper venerabilem existimabant, & pene eundem honorem senibus, quam magistratibus tribuebant l. 5. ff. de iur. immun. cui accedit, quod senes plerumque valetudinarii sint & ægrotis æquiparentur, unde comicus senectutem per se ipsam morbum naturalem esse testatur, add. Menoch. de A. F. Q. lib. 2. cent. 1. cas. 6. n. 8. Sed quinam vocantur senes? DD. hic dissentiunt. Alii illos pro talibus habent, qui 60 vel 70. annorum sunt, vid. Rosbach. in proc. tit. 49. n. 4. König in proc. c. 85. n. 2. quæ ætas in hac materia determinata in Bohemia per novell. imp. Ferdinandi III. lit. Bb. art. 17. in verb. *Ein Mann bey 60. Jahren.* Alii senes vocant eos, qui sunt 70 vel 100. annorum, vid. Speculator lib. 1. p. 4. tit. de test. §. 2. n. 6. vel, qui ad annum 70 vergunt, licet illum nondum compleverint, Coler. ad c. 5. X. ut. lit. non cont. n. 3. alii denique jam illos pro senibus habent, qui 50. annum adimpleverunt, Old. ad cons. 93. n. 20. Thom. Grammat. dec. Neapolit. 34. n. 4. idque propter glossam in c. 1. de celebrat. miss. quam computationem praxis cameræ quoque recepit, Gail. lib. 1. obs. 92. n. 7. Rulant. de commiss. p. 2. l. 1. c. 6. n. 2. nos cum Gailio adl. libr. 1. obs. 92. n. 7. & Mascard. concl.

1302. decisionem arbitrio iudicis relinquimus, dum pro ratione ac diversitate personarum & circumstantiarum, nulla certa in universum præscribi potest regula, Abb. in cap. requisivit. 17. n. 4. X. de sponsal. Harpr. ad rubr. inst. de nupt. n. 138. præcipue ubi LL. certum quid, ut in substrata nostra materia, non determinant. In Saxonia senes hoc respectu dicuntur, qui 70 annis majores, prout illud patet ex responso Scabinorum Wittebergenſium, apud Berlich. p. 1. decis. 116. ubi ita pronunciatum: daß zu Georg Bauern wegen seines hohen Alters auffproducenten Unkosten billig der geschworne Gerichts-notarius abgeordnet werde, von welchem er dem am 12. Julii A. 1618. publicirten Urtheil zu folge vermeydet, und auff die Beweis-articul abgehört wird, conf. Richter. ad c. 8. n. 11. X. de test. Menoch. libr. 2. A. 7. Q. c. 1. cas. 6. n. 8. seqq. Rulant. de commiss. p. 2. l. 2. c. 5. n. 1. seqq. Interim facile concedimus, quod eo casu, quando testes abiectæ sortis sunt, v. g. rustici, &c. & nullo morbo detinentur, sic ut coram iudice semet sistere possint, iudex præcise non sit obstrictus, ut commissarium, vel alium mittat, qui ædes ipsorum finum, ne quid gravius dicam, redolentes adest, & cum jactura temporis & sumptuum singulos examinet, sed tunc testis ad iudicium citatus, & venire recusans contumaciæ poenam incurrit, de qua præxi itidem testatur Rulant. adl. l. n. 6.

§. XVI. Denique a comparitione personali excusan-
tur valetudinarii & qui morbo impediuntur, c. 8. X. de test. Item valetu-
dinarii.
Richter. ibid. n. 10. Fundamentum hujus privilegii in iure civili reperitur in l. 15. ff. de jurejur. Sunt autem valetudinarii, qui gravi & fontico morbo laborant, nec sine evidenti periculo semet aeris intemperiei, exponere possunt, sive, ut dicit Julianus in l. 60. ff. de re judic. morbus fonticus etiam inuitis litigatoribus ac iudici diem differt, fonticus autem morbus existimandus, qui cuique rei agenda impedimento est. Scilicet vita hominum inæstimabilis, l. 1. in f. ff. de bon. eor. qui ant. sentent. sibi mort. consciu. nec ipsa pietas iudicis permittit, ut quod illi conservandæ inservit, invertatur, Umm-
ad

ad proc. disp. 16. th. 8. Quo autem iudici de veritate & statu ægroti testis constet, attestatum medici producendum est, quod ad ejusmodi valetudinem adversam probandam sufficit, vid. Martin. *ad O. P. S. p. 5. tit. 27. §. 1. n. 18.* Swendendorf. *ad Fibig. p. 2. c. 2. membr. 2. sect. 1. §. 4. reg. 13. n. 680.* ubi etiam, quibus formalibus examinatio domestica, vel a producente, vel plerumque ab ipso teste petatur, una cum ipso pronuntiandi modo invenies. Ceterum cum aliquoties observatum, quod commissarii a parte adversa ut plurimum corrupti semet excusarint, se valetudinarium & ægotantem adire non potuisse, sub prætextu, quod morbum vereantur, utilissima est cautela, quam suggerit Rulant. *de commiss. p. 2. l. 2. c. 5. n. 25.* ut producent ab initio statim per supplicas iudicem adeat petatque, ut commissoriali verba inserantur: daß denen bewilligten commissarien hiermit von Gerichts wegen Befehl gethan wird, die ernennete Zeugen, so Kranckheit halber nicht vor Gericht kommen mögen, in ihrer Behausung zu beendigen, und zu verhören, id quod in camera imperiali aliquoties haud incallum practicum fuisse testatur Rulant. *de commissar adl. l.* Exceptio tamen & hic erit, si pestis, aut alius morbus contagiosus grassatur, tunc enim, licet eiusmodi clausula adiecta fuerit, commissarium tamen ad perficiendum examen obligatum non esse, nemo facile dubitabit. Ejusmodi valetudinariis de praxi etiam associantur mulieres prægnantes & partui vicinæ, Pacian. *de probat. lib. 2. c. 4. n. 6.* quæ pariter domi examinandæ, idque ob summum favorem, quem partui jura concedunt, *arg. l. 7. ff. de stat. hom. & ne factum matris noceat ei, qui in utero est, arg. pr. inst. de ingen.* unde etiam puerperas, si ob periculum in mora durantibus adhuc consuetis illis sex septimanis testimonium perhibere obstringuntur, privatum examen in ædibus suis cum effectu petere posse existimo, vid. Umm. *de process. adl. l. th. 8.*

quibus adso-
ciantur præ-
gnantes &
partui vici-
næ.

De Poenis Testium Contumacium.

CONTENTA HUIUS CAPITIS.

Conspectus totius capitis, §. I. intuitu juris civilis poena testium contumacium ex LL. XII. tabularum adducitur. De jure recentiori obtinet pignorum captio, multa indictio, §. II. de territione & tortura in criminalibus, §. III. persona, quae a tortura liberantur adducuntur, §. IV. an hic referendi DD. & advocati? §. V. quid de clericis? §. VI. infames num indistincte torquendi? disquiritur, §. VII. quid de jure canonico notabile? §. IIX. quid tandem de praxi? §. IX.

§. I.

IN materia de poenis testium contumacium, quam hoc *Conspectus* capite coronidis loco paucis exponere animus est, tria hujus capituli potissimum ab invicem separanda veniunt, scilicet (1) *ius*, considerandum, quænam in testes contumaces de jure civili & Romano constitutæ poenæ reperiantur, (2) quid de jure canonico obtineat, & denique (3) quid in praxi tam cameræ imperialis intuitu, quam ceterarum provinciarum occurrat? apud alios quidem populos variæ etiam poenæ constitutæ erant, ita v.g. apud *Ægyptios* teste *Diodoro Siculo* l. 1. qui præsentibus fuerant, cum homicidium, aut furtum committeretur, ni reum indicarent, virgis cædebantur, & tridui fame puniebantur, item ex lege *Solonis* in contumaces mille drachmarum statuta erat poena, *Lauterbach. coll. theor. pract. ad tit. de testib. §. 39.* verum ea in præsentia ad nos non pertinent.

§. II. Primo itaque de jure civili Romano videbimus, *Quid de jure* ubi varias coërcitiones & ignominias testium contumacium invenimus. *civili?* Ignominias dico, illas enim de jure anti- *poenæ testium* quo itidem adjectas fuisse, patet ex antiquissimis LL. XII. *contumaci-* tabularum, ubi sancitum erat, quod testis negotio alicui *um ex LL.* ad XII. tab. *ad XII. tab.*

*ex jure re-
centiori pi-
gnoram ca-
ptio.*

*multæ indi-
ctio.*

*Tertio &
tortura,*

adhibitus, si deinde super illo testari nolebat, improbus & intestabilis, adeoque infamis fere habebatur, Ræuard. *ad LL. XII. tab. c. 10.* Dum vero hæc poena rigorosa de jure Romano recentiori non obtinet, ad alias progredior, quæ tamen singulæ ab arbitrio judicis dependent, cum nulla certa in jure civili poena determinata reperiatur. Ut plurimum mandata poenalia decernuntur contra testes, iique captis pignoribus coërcentur, *conf. l. 3. §. 9. ff. de tab. exhib. l. 22. l. si quando C. de testib.* Quin per pignorum captionem judex contemtam suam auctoritatem tueri possit, non est, quod dubitemus, *arg. l. un. ff. si quis jus dic. non obtemp. l. 2. C. de execut. rei jud.* Pignora capta in judicio adservantur, donec testis ad testimonium dicendum compareat, si vero ulterius comparere detrectat, illa in contumaciam vendenda, & multæ fisco adplicandæ veniunt, Gail. *de arrest. cap. 10. n. 22.* imo si bona pignoris nomine capta talia sint, ut servando servari nequeant; judex illa statim vendere potest, & pretium in judicio deponitur, v. Jul. Clarus. *pr. crim. §. fin. qu. 44. n. 3.* Pignorum captionem excipit multæ indictio, quam de jure civili ad testium coërcitionem adhibitam fuisse, DD. *ad tit. de test.* unanimiter adserunt per textum apud Lauterb, *coll. theor. pr. de test. §. 37.* ad legatos, quibus experientia fori, optima illa legum ac jurium interpres, calculum adjicit, quamvis nec hic certa quantitas multæ de jure Romano determinata reperiatur, sed ea determinatio prudentiæ judicis relinquatur. Hodie in diversarum provinciarum statutis hoc casu certa poena pecuniaria definita reperitur, de qua materia videri possunt constitutiones provinciales & statuta, quæ supra *cap. 1. §. penult.* adduximus.

§. III. In hisce vero poenis postea jura non substiterunt, sed contumacia crescente poenæ itidem crevere, dum testibus contumacibus pro gravitate causæ & conditione personarum, non tantum injectio manus, sive carcer, Excell. Dn. Böhmer. *jur. eccles. prot. l. 2. tit. 21. §. 5.* Rivin. *enunc. jur. tit. 22. enun. c. 1.* sed & præfracta exigente ulteriori contumacia-

tumacia territio primo, postea vero & ipsa tortura dictitata, l. 15. l. 18. § 3. ff. de quest. l. 21. § 2. ff. de test. non. 90. c. 1. Ego quidem illarum sanctionum æquitatem in præsentem non impugnabo, interim tamen hoc certum est, quod iudex nimis facilis esse non debeat, & hinc ille ad remedium illud valde exorbitans devenire nequeat, si ulla adhuc spes superest, quod veritas alio modo minus violento detegi possit, a tormentis quippe non esse incipiendum, D. Augustus constituit, inquit Ulpian. in l. 1. ff. de quest. Requiritur ergo, antequam ad torturam procedi potest, (1) ut veritas nullo alio modo erui possit, id quod jurato olim adseverare debebat actor, seu accusator, l. fin. C. de quest. non vero hodie, Zanger. de tortur. c. 2. n. 3. (2) testes torquendi non sunt convincendi mendacii & veritatis causa, nisi cum facto interfuisse dicuntur, inquit Ictus in l. 18. § 3. ff. de quest. veluti si deposuerint, se facto interfuisse, & tamen nihil vidisse, aut si negauerint, se facto interfuisse, postea vero mendacii convicti sint, Zanger. de tortur. c. 1. n. 11. Francisc. Brun. de indic. p. 2. qu. 4. n. 5. & 15. aut in ff. de quest. (3) requiritur, ut causa sit ardua & criminalis, (4) ut testes viliores sint conditionis. Hisce igitur quatuor requisitis concurrentibus testes contumaces torturæ subijci posse nullus dubito, prout etiam Scabinos Witteberger. Hat sich M. P. in injurien-Sachen N. N. betreffend, ungeachtet er dabey gewesen, Zeugniß zu geben verweigert, dahero ihn in gefängliche Haft legen lassen, da nun bemeldeter M. sich dessen ferner verweigern würde, so würde er zur deposition durch härter Gefängniß, darinnen er 8. Tage lang mit Wasser und Brod gespeiset wird, Zeugniß zu geben angehalten, mit dieser ausdrücklichen Verwarnung, daß in fernerer Verweigerung seine richtige Aussage auff die Beweis-Articul woll durch den Scharfrichter aus ihm gebracht werden soll, B. R. B.

Quinam a
tortura ex-
empti?

§. IV. Dum vero *præc. §.* dictum, quod testis vilioris conditionis esse debeat, si torturæ subjiciendus, quæritur: quomodo hoc intelligendum, & quænam dignitas a tortura liberet? Apud Romanos propter dignitatem torturæ subjici non poterant (1) *qui ex ordine senatorio erant*, de quibus supra *cap. IV. §. XIII.* alia occasione pluribus egi. Apud nos huc spectant personæ illustres, principes, duces, comites & barones, qui a severa illa indagatione, quæ per tormenta fit, merito liberantur, *Jul. Clar. l. 5. sentent. §. ult. quest. 64. n. 17.* (2) De jure Romano a tortura liberantur *milit. l. 8. pr. C. de quest. l. 4. C. ad l. Jul. maj. l. 3. §. 1. ff. de re milit.* apud Romanos enim militia inter dignitates indistincte referebatur, quia illi milites nobilibus adnumerabant, *P. Castrenf. l. 2. conf. 125.* & statui plebeio opponebant, *l. 8. l. 11. C. de quest.* Num vero milites nostri hoc exemptionis jure fruuntur, universaliter adfirmare non audeo. Quamvis enim videri posset, quod, dum & hodiernum eadem pericula sustinent, etiam iisdem juribus gaudere debeant, uti alias argumentatur *Ulpian. in l. un. ff. de bonor. poss. ex test. milit.* apud nos tamen ad dignitatem principaliter respicitur, unde privilegio exemptionis illi saltem fruuntur, qui in eminentiori dignitate constituti, v. g. centuriones, capitanei & similes, minime vero milites gregarii, alique, qui sese milites quidem profitentur, a virtute tamen prorsus alieni sunt, quos lepide describit *Carpz. pr. crim. qu. 118. n. 74.* Atque de his intelligendus est *Zanger. de quest. & tort. c. 1. n. 58.* quando dicit, quod jus de non torquendis militibus in Germania non obtineat. Tertium locum sibi vindicant *nobiles*, hi enim ad testimonium requisiti, licet contumaces sint, a tortura tamen liberantur, idque partim ob textum *l. 4. C. ad l. Jul. majest.* in qua impp. nullam omnino, cui fidicularum tormenta inferuntur, militiæ, vel generis, vel dignitatis defensione uti prohiberi rescripserunt: partim quia tormenta plebejorum tantum esse dicuntur in *l. 11. C. de quest.* quibus nobiles contradistinguuntur,

tur, vid. pluribus Matth. Coler. *de proc. execut. p. 2. c. 3. n. 76.* Matth. Wesembec. *parat. ff. de quæst. n. 10.* Jul. Clarus. *l. 5. sentent. §. ult. qu. 64. n. 19.* Accedit, quod nobiles, si non majorem, parem tamen dignitatem cum illa habere censeantur, in qua olim milites & decuriones constituti erant, Andr. Tiraquell. *de nobilit. cap. 19. 20 & 21.* ubi hanc quæstionem late ventilat. Si ergo milites & decuriones veniam a tormentis mereri dicuntur in *l. 8. pr. l. decuriones. 16. C. de quæst.* multominus nobiles fidiculis subjiciendi erunt, Zanger. *de quæst. & tortur. cap. 1. n. 72 & 73.*

§. V. Dum vero impp. Leo & Anthemius in *l. advocati. An etiam 14. C. de advoc. divers. jud. rescribunt: non solum eos milita. DD. & ad-* re, qui gladiis, clypeis, thoracibus nituntur, sed etiam advo- vocati? catos, cum laborantium spem vitam & posteros defendant; quæritur: an privilegium, quod milites a quæstionibus eximit, etiam ad doctores & advocatos extendendum? mihi quidem affirmative respondendum esse videtur, quia di- etæ personæ itidem in eorum classem referuntur, qui plebejorum ordine exempti, ut enim nobiles ob genus, sic DD. ob dignitatem a plebe separati sunt, inquit Zanger. *d. c. 1. n. 78.* ob stare quidem videtur *l. 1. C. ubi senat. vel clariss.* ubi expediti juris esse censetur, reatum omnem honorem excludere, unde etiam in Gallia interdictum esse advoca- tis, ne adlegent jura de non torquendis nobilibus & DD. testantur Rebuff. *in auth. habita C. ne fil. pro patr.* item Au- frer. *in styl. parlam. arrest. 16.* idque in tantum, ut neque co- æque torqueantur, Ant. Faber *in cod. tit. de quæst. def. 13.* id quod etiam apud Venetos, & per totam Italiam ita obtine- re adserit Franc. Cason. *tract. de torment. cap. 10. n. 13.* hisce tamen non attentis in affirmativa adhuc hæreo, *cit. l. 1.* enim hoc tantum innuit, quod senatores & clarissimi forum declinare non possint, si in provincia deliquerint, sed æque ut alii intra provinciam publicis legibus subjiciantur, *d. l. 1.*

l. 1. junct. inscript. & tit. Etsi igitur reatus omnem honorem excludat, scilicet quoad fori competentiam & poenam, non tamen ita excludit honorem, ut cum adcusentur clarissimi, statim quaestioni subijciendi sint, quia hæc duo simul stare possunt, ut quidem poenis subijciantur, illis tamen intuitu torturæ parcatur. Nostre sententiæ adhuc accedit, quod DD. nobiles dicantur, *l. 2. §. ult. ff. de excusat. tut.* item nobilissimi, *l. 4. in f. ff. eod.* Tiraquell. *de nobilit. cap. 5. n. 3.* quod dignitate floreat, *c. quanto. X. de magistr.* ac inter egregias personas connumerentur, Jac. Menoch. *de A. F. Q. l. 2. conf. 70. n. 9.* Anton. Gomez. *variar. resolut. tom. 3. c. 13. n. 3.* Ægid. Boss. *tit. de indic. n. 1.* & tandem clarissimi vocentur in *l. 4. §. 1. C. de advoc. divers. jud.* de quibus notum, quod tormentis subijci non possint, *l. 10. C. de dignit.* Licet igitur adserat Colerus *de proc. execut. p. 2. c. 3. n. 156.* se nemini autorem fore, quod illis juribus de non torquendis nobilibus & DD. nimium fidat; nos tamen regulam formamus juri conformem: doctores, nobiles, & alios in dignitate eximia constitutos a tortura esse immunes, & quicumque exceptionem alicubi prætendunt, illam probare tenentur, quod certe in nostro casu, ubi saltem de perhibendo testimonio quaestio agitur, difficillimum fore existimo.

Quid de clericis?

§. VI. Sed quid de clericis sentiendum, an illorum dignitas tanta, ut illos a tortura liberet? quod cogi possint, & quatenus hoc fieri queat, de eo supra dictum, & quemadmodum illos mandatis poenalibus ad testimonium dicendum compelli posse, simul demonstratum: ita quoque & clericos refractarios æque ac alios exigente ita necessitate torqueri posse existimo, idque per *nov. 123. c. 20. & auth. presbyteri. C. de episc. & cler.* ubi diserte statuitur, quod clerici verberibus cædi possint, unde consequens resultat, quod etiam torturæ locus sit, qui enim torqueri non potest, nec fustibus castigandus, *i. 15. C. de quaest. l. 3. C. ex quib. caus. infam. irrog. l. 28. ff. de poen.* Id quod porro exinde etiam

iam probatur, quod in l. 8. C. de episc. & cler. presbyteri saltem excipiantur, non vero ceteri clerici, ita enim Theodosius imperator A. Paulino in d. l. rescribit: *presbyteri citra quaestionis injuriam testimonium dicunt, ita tamen, ut falsa non simulent.* Ceteri vero clerici, qui eum deinde gradum sequuntur, si ad testimonium dicendum petiti fuerint, prout leges praecipunt, audiantur. Idem de magistris philosophiae & studiosis refert Carpz. pr. crim. qu. 118. n. 98. illudque postea n. 102. & 103. praedictis confirmat, quod scilicet magistro philosophiae, ut & studioso a Scabinis tortura dictata fuerit, add. Bocer. de quaest. & tortur. cap. 4. n. 72. Egyd. Bass tit. de tortur. test. n. 6. Foller. in prax. crim. canon. p. m. 259. num. 6. seqq.

§. VII. Dum vero Arcadius in l. 21. §. 2. ff. de test. unice *Infames testystaticos & apodycticos sive testes omni exceptione majores* *Infames testes an indistincte ad testimonia requirit, infames autem, vel plane rejicit, vel sine tortura saltem in casu, si alii testes haberi non possunt, non tamen quendi?* nisi sub tortura his verbis admittit: *sic a rei conditio sit, ubi a renarium testem, vel similem personam admittere cogimur sine tormentis testimonio ejus credendum non est,* & DD inde communiter concludunt, quod iis casibus, ubi infamis jure permittente ad testimonium admittitur, fides ei sine tormentis adhiberi non debeat, quo etiam pontifex provocat in c. 7. l. 2. qu. 1. in fin. dicens: *multae leges sanciunt, ut vilissimis testibus sine corporali discussione credi non debeat,* quaeritur inde: quomodo & quatenus hoc procedat? ex mea quidem sententia illud indistincte admittere non possum, quia ipsam aequitatem hic ob stare existimo, tortura enim non nisi in subsidium eruendae veritatis decernenda, nec aliter adhibenda, nisi absque modo violento veritas haberi nequeat. Adeoque potius arg. nou. 90. c. 1. ubi circumstantia adjicitur, si forsan suspicio corruptionis adfuerit, quod etiam confirmari videtur in l. 13. C. de test. existimarem, non absolute

lute illud admittendum esse, ut infames & vilissimi testes torcuræ indistincte subjiciantur, sed hoc tum demum fieri posse, si gravitas causæ ita postulat, & veritas absque iis aliter haberi nequit, & insuper suspicio falsi & corruptionis adest, quod veritatem fateri nolint, ut adeo tormenta fidem per se non faciant, sed hoc tantum operentur, ut a suspecto fides eo facilius erui possit, Tabor. *de tortur. c. 5. n. 58 & 59.* Huc potissimum spectat, si testes vacillant, aut variant, de quibus tamen constat, quod aut actui interfuerint, aut ejus notitiam habeant, Carpz. *prax. crim. qu. 119. n. 46. seqq.* add. Sebast. Guazzin. *de defens. reor. defens. 19.* Et hic adplicari possunt constitutiones canonicæ, quod testes saltem monendi & suadendi, non vero regulariter cogendi sint, nisi ubi alia probatio deficit, aut testes ex gratia, odio, metuue testimonium ferre recusant, c. 1. 4. 5. X. *de test. cog.*

Quid de jure canonico?

§. IIX. Hactenus de jure civili. Jus canonicum quod attinet, illud saltem generaliter hic monuisse sufficiat, quod poenæ juris civilis ibi pleræque confirmatæ reperiantur, aut certe illis derogatum non sit, sed hoc saltem additum, quod laici censuram ecclesiasticam patiantur, juxta c. 1. 4. *seqq. X. de testib. cog. cap. fin. X. eod.* clerici autem suspendantur ab officio & beneficio, & in eadem perseverantes contumacia excommunicentur, c. 2. X. *de test. cog.* add. excell. Dn. Böhmer. *jur. eccles. protest. l. 2. tit. 21. §. 3.* Quod si falsum testimonium dixerint clerici, presbyteri in causis pecuniariis a divino mysterio per tres annos separati monasteriis pro tormentis traduntur, in causa criminali autem clericatus honore nudati legitimis poenis adficiuntur. Ceteri vero clerici communi jure ab officio ecclesiastico repulsi sine delectu causæ verberibus coërcentur, vid. Mülleri *disput. de test. cleric. c. 41. n. 27.*

§. IX.

§. IX. Quoad jus Germanicum antiquum in capitularibus Caroli M. l. 3. leg. 45. sub titulo *de mannitione* (id est, citatione) *secundum legem ad mallum* ita dispositum erat: si quis ad mallum legitime mannitus fuerit, & non venerit, si eum funnis faumnis, sive legitimum impedimentum non detinuerit, quindecim solidis culpabilis dijudicetur, sic ad secundum & tertium, si autem ad quartum venire contemserit, possessio ejus in *bannum* mittatur, donec veniat, & sic de re, de qua interpellatus fuerit, justitiam faciat, si infra annum non venerit, de rebus ejus, quæ infra bannum missæ fuerint, rex interrogetur, & quidquid inde judicaverit, fiat, &c. vid. Meinders *de judic. centenar. cap. 4.*

§. 57. Modernam quod attinet praxin, eo magis succincti hic esse possumus, quo magis illam singulis problematicis passim subjecimus. Judicis arbitrio tota decisio subest, qui, quousque hic procedendum, pro circumstantiarum diversitate facile judicabit. Ut plurimum ita proceditur, ut (1) mandata poenalia decernantur, & quidem sub poena arbitraria, si in constitutionibus provincialibus nihil expresse constitutum, alias vero sub ea, quæ statutis determinata, (2) si testes comparere nolunt, majorem poenam judex, sive commissarius, comminatur, & refractarios in poenam prioris condemnat, ubi itidem aliæ poenæ adjungi possunt, v. g. ut nuncio exequenti ob contumaciam sumtus solvat, vel si absoluto examine cæcerorum testium contumax est, ad ædes commissariorum, sive ipsius judicis citetur, item judex jubere potest, ut propriis sumtibus compareat, id quod in camera aliquoties ita observatum fuisse testatur Rulant. *de commissar. p. 2. l. 2. c. 7. lit. a.* Si vero nec huic iterato mandato morem gerant, adhuc ulterius proceditur, & ad executionem mandatorum anteriorum, ad pignorationem, ad carcerem, imo pro causæ gravitate juxta ea, quæ supra adduximus, ad torturam usque devenitur, vid. Sebast. Guazzin. *de defens. reor.*

Quid tandem de præxi, tam antiqua?

quam moderna?

88 DISSERT. JURIDICA, DE TESTE CONTUMACE.

reor. defens. 19. Petrus Maria Passerinus *in regul. tribun. qu. 15. art. 9.* Faber. *l. 4. tit. 15. defn. 57.* In camera imperiali ad poenam banni olim procedebatur, commissarius vero bannum irrogare nequit, Gail. *l. 1. obs. 100.* sed hæc poena, quæ ad exemplum excommunicationis juris canonici introducta, per *R. J. nouiss. de a. 1654. §. 36.* hodie sublata, quamvis enim ibi in specie nulla testium injecta fuerit mentio, sufficit tamen, quod generatim poena banni in materia de contumacia abolita sit, adeoque hodiernum & ibi dicta poena arbitrio judicis relinquitur.

TANTUM.



Ludovici, Jacob Friedrich

Disp. inaug. iur. de teste contumace

Hala 1746

4 Diss. 2188#Beibd.7

urn:nbn:de:bvb:12-bsb10830149-1

VD18 15016293-001